

# **UTDELING FRA AKSJESELSKAPER**

## **SÆRLIG OM UTBYTTEREGLENE**

Kandidatnr: 355

Veileder: Geir Woxholth

Leveringsfrist: 25.11.2003

Til sammen 17914 ord

12.03.2004

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	HOVEDPROBLEMSTILLING/TEMA	1
1.2	DEFINISJONER/AVGRENSNINGER	2
1.3	NOEN GENERELLE AKSJERETTSLIGE BETRAKTNINGER	6
1.4	OPPLEGG FOR OPPGAVEN	8
<b><u>2</u></b>	<b><u>KAPITALVERN - DE LEGE LATA</u></b>	<b><u>9</u></b>
<b><u>3</u></b>	<b><u>KAPITALVERN - DE LEGE FERENDA</u></b>	<b><u>13</u></b>
<b><u>4</u></b>	<b><u>UTDELINGSBEGREPET</u></b>	<b><u>20</u></b>
4.1	INNLEDNING	20
4.2	OBJEKTIVT KRAV	23
4.3	KRAVET TIL SAMMENHENG MELLOM AKSJEINNEHAV OG SELSKAPETS YTELSE	27
4.4	SUBJEKTIVT KRAV	28
<b><u>5</u></b>	<b><u>UTBYTTEREGLENE</u></b>	<b><u>29</u></b>
5.1	MATERIELLE REGLER	30
5.1.1	VERN AV DEN BUNDNE EGENKAPITAL	30
5.1.2	FORSIKTIGHETSREGELEN	34
5.2	FORMELLE REGLER	36
5.3	NOEN SÆRSPØRSMÅL VEDRØRENDE UTBYTTEREGLENE	37
<b><u>6</u></b>	<b><u>GAVER</u></b>	<b><u>39</u></b>
<b><u>7</u></b>	<b><u>KREDITT OG SIKKERHETSSTILLELSE</u></b>	<b><u>43</u></b>

<b>8</b>	<b><u>FØLGER AV ULOVLIGE OVERFØRINGER FRA SELSKAPET</u></b>	<b>44</b>
<b>8.1</b>	<b>INNLEDNING</b>	<b>44</b>
<b>8.2</b>	<b>ULOVLIG UTDELING AV UTBYTTE</b>	<b>45</b>
<b>8.3</b>	<b>ULOVLIGE GAVER</b>	<b>50</b>
<b>8.4</b>	<b>ULOVLIG KREDITT OG SIKKERHETSSTILLELSE</b>	<b>51</b>

# 1 INNLEDNING

## 1.1 HOVEDPROBLEMSTILLING/TEMA

Temaet for oppgaven er å undersøke hvordan de verdier som finnes i aksjeselskapet kan overføres til aksjeeierne uten at dette skjer som ledd i en gjensidig bebyrdende forretningsmessig transaksjon. Startpunktet for oppgavens tema er aksjeselskapets kapital. Hovedspørsmålet blir hvordan denne kan anvendes. Her foreligger i hovedsak to muligheter, enten kan selskapets kapital anvendes i selskapets alminnelige forretningsdrift eller den kan overføres til aksjeeierne på forskjellige måter. Det er klart at selskapets kapital kan anvendes i aksjeselskapets alminnelige forretningsdrift. Å drive næringsvirksomhet er presumptivt formålet med aksjeselskaper etter norsk rett, jfr asl § 2-2(2) forutsetningsvis. Kapitalen er altså skutt inn i selskapet med det formål at den skal anvendes i selskapets forretningsdrift. Reglene om rådigheten over selskapets kapital i denne kontekst følger av alminnelige aksjerettslige regler om forvaltning av aksjeselskapet. Disse reglene er ikke tema for oppgaven og berøres ikke i større grad enn nødvendig for å belyse oppgavens tema.

Anvendelse av selskapets kapital i den alminnelige forretningsdrift må altså adskilles fra vederlagsfrie overføringer til aksjeeierne. Vi har i norsk aksjelovgivning en rekke regler som begrenser og setter former for hvordan selskapets kapital vederlagsfritt kan overføres til aksjeeierne. Dette er interessant utfra det perspektiv at det er aksjeeierne som eier selskapet og utfra alminnelige regler og tankegang skulle utgangspunktet være at de fritt kunne råde over selskapets kapital. Men aksjeeiernes rådighet over selskapets kapital i denne betydning er begrenset etter norsk rett. Bakgrunnen for dette er at aksjeselskapsformen tillater aksjeeierne å drive næringsvirksomhet gjennom selskapet uten personlig ansvar for selskapets forpliktelser. Dette er et grunnprinsipp i aksjeretten. Selskapets kreditorer kan bare holde seg til selskapets formue for dekning. Det er da av stor interesse for kreditorene at det eksisterer en selskapsformue. Det bakenforliggende hensynet til selskapets tredjemenn vil etter dette bli et hovedpunkt i oppgaven. Temaet

for oppgaven blir å undersøke hvordan de verdier som finnes i selskapet kan overføres til aksjeeierne uten at dette skjer som ledd i en gjensidig bebyrdende forretningsmessig transaksjon. Jeg vil således undersøke reglene for slike overføringer, herunder hvordan de anvendes og hvorfor de er oppstilt.

## 1.2 DEFINISJONER/AVGRENSNINGER

Som nevnt over har vi regler i norsk aksjerett som regulerer hva som kan overføres fra aksjeselskapet til dets aksjeeiere. Vi har således regler som definerer innholdet i slike overføringer i asl § 3-6. Etter aksjeloven § 3-6(2) betegnes overføringer av verdier til aksjeeierne som ”utdeling” fra selskapet. Utdeling defineres her som ”enhver overføring av verdier som direkte eller indirekte kommer aksjeeieren til gode”.

Etter asl § 3-6(1) skal utdelinger fra aksjeselskaper skje etter nærmere bestemte formregler. Det fremgår av bestemmelsen at utdeling fra aksjeselskaper kun kan skje etter ”reglene om utbytte, kapitalnedsettelse, fusjon eller fisjon av selskaper og tilbakebetaling etter oppløsning”. Jeg vil i fortsettelsen begrense omfanget av oppgaven til reglene om utbytte. Jeg avgrenser altså oppgaven mot de andre formene for utdeling. De kan bli trukket inn for å forklare aksjelovens system, men jeg vil ikke behandle disse regelsettene i detalj.

For det første avgrenser jeg oppgaven mot tilbakebetaling til aksjeeierne ved kapitalnedsettelse. Reglene for nedsettelse av aksjeselskapets aksjekapital fremgår av kapittel 12 i aksjeloven. Kapitalnedsettelse kan etter reglene her gjennomføres ved tilbakebetaling til aksjeeierne, jfr asl § 12-1(1) nr 2 og § 12-1(3). Dette vil reelt si at selskapet tilbakebetaler innskutt kapital til aksjeeierne. I disse tilfellene må selskapets kreditorer beskyttes og loven gjør dette ved å i hovedsak sette opp to kriterier. For det første må reglene om kreditorvarsel følges, jfr asl § 12-6, for det andre må det etter nedsettelse være full dekning for selskapets gjenværende bundne egenkapital, jfr asl § 12-2(2). Aksjekapitalen etter nedsettelse kan heller ikke være mindre enn minste tillatte aksjekapital etter asl. § 3-1. Kapitalnedsettelse kan imidlertid også gjennomføres uten tilbakebetaling til aksjeeierne, jfr asl § 12-1(1) nr 1. Da aksjekapitalen etter asl § 2-2(1) nr. 4 skal vedtektsfestes utgjør en nedsettelse også en vedtektsendring. Regelsettet om kapitalnedsettelse gjelder altså bare delvis overføring av verdier til aksjeeierne og

omfatter i tilfelle kun tilbakebetaling av innskutt kapital. Det er ikke snakk om ordinær overføring av overskuddsmidler til aksjeeierne.

For det andre avgrenser jeg oppgaven mot tilbakebetaling til aksjeeierne ved oppløsning av selskapet. Aksjeloven har egne formregler for oppløsning av aksjeselskaper. Disse er inntatt i aksjelovens kapittel 16. Oppløsning kan være aktuelt ved endelig avslutning av selskapets virksomhet eller overgang til annen selskapsform. Også her foreligger det særlige regler for vern av selskapets kreditorer. Overføring av verdier fra selskapet til aksjeeiere kan ikke skje med større beløp enn det som kan tas ut som utbytte etter asl § 8-1 før selskapets kreditorer er dekket, jfr asl § 16-9(1). Heller ikke dette er noen ordinær form for overføring av verdier fra aksjeselskapet til aksjeeierne, men en prosedyre for korrekt avslutning av et selskapsforhold.

For det tredje avgrenser jeg oppgaven mot reglene om aksjeselskapets erverv av egne aksjer. Dette regelsettet er ikke nevnt i asl § 3-6(1), men aksjeselskapets erverv av egne aksjer innebærer klart nok at selskapets verdier overføres til aksjeeiere. Erverv av egne aksjer må nødvendigvis skje fra en aksjeeier, og effekten i forhold til aksjeeier blir reelt sammenlignbar med en tilbakebetaling av aksjeeierens innskudd i selskapet.<sup>1</sup> Dette tilsier at selskapets kreditorer må hensyntas også i dette tilfellet. Selskapet kan bare erverve egne aksjer om selskapet har fri egenkapital (jfr asl § 8-1(3)) som overstiger vederlaget som skal betales for aksjene, jfr asl § 9-3. Reglene om erverv av egne aksjer er inntatt i aksjelovens kapittel 9. Regelsettet kom inn ved aksjeloven av 1997, og må regnes å være spesielle regler i forhold til denne oppgavens tema.

Etter dette vil hovedtemaet i oppgaven bli overføring av verdier fra aksjeselskapet til aksjeeier i form av utbytte. Lovens utbyttebegrep fremgår av asl § 3-6. Utbytte er det vederlag aksjeeierne får av selskapet som motytelse for å stille risikokapital til rådighet for dette. Aksjeloven § 3-6 erstatter § 12-4 i aksjeloven av 1976. Av denne fremgikk det klart av ordlyden at enhver overføring som ikke skjer etter de andre opplistede formregler måtte regnes som utbytte, og derfor måtte lovlighetsprøves etter reglene om utbytte. Dette følger ikke lenger av ordlyden, men må fremdeles være gjeldende rett.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Jfr Ot prp nr 65 1998-99, s 23.

<sup>2</sup> Jfr Aarbakke s 163, Andenæs s 330.

Utbyttebegrepet er altså ikke materielt definert i aksjeloven, men fremkommer utfra asl § 3-6. De nærmere bestemmelser om utbytte er samlet i aksjelovens kapittel 8. For denne oppgaven er asl § 8-1 av størst interesse.

Maksimalt lovlig utbytte beregnes etter reglene i asl § 8-1. Ved beregningen av hva som kan utdeles som utbytte har regnskapsreglene indirekte stor betydning.

Beregningsreglene i asl § 8-1 bygger i overveiende grad på regnskapsmessige begreper og størrelser som fremkommer gjennom anvendelse av regnskapsreglene.

Alle aksjeselskaper som er hjemmehørende i Norge er regnskapspliktige, jfr rskl § 1-2. Disse er pliktige til for hvert regnskapsår å utarbeide et årsregnskap som skal inneholde et resultatregnskap og et balanseregnskap, jfr rskl § 3-1 og 3-2. Krav til innholdet i resultatregnskapet er opplistet i rskl § 6-1 og innholdet i balanseregnskapet er opplistet i rskl § 6-2. Resultatregnskapet skal vise det økonomiske resultatet av selskapets forretningsdrift i regnskapsperioden, mens balanseregnskapet skal vise selskapets formuesmessige stilling ved regnskapsperiodens utgang. Regnskapsloven har regler for prosedyrer for regnskapsførselen og vurderingsregler for selskapets eiendeler og gjeld. Reglene har til formål å gjøre regnskapet så korrekt og pålitelig som mulig. Forarbeidene til regnskapsloven uttrykker dette slik: "Regnskapsreglene som sådan skal sikre at regnskapet på en pålitelig og informativ måte avspeiler bedriftenes reelle resultater og stilling etter bedriftsøkonomiske kriterier".<sup>3</sup>

Det fremkommer av rskl § 6-2 at balanseregnskapet er bygget opp av to hovedbegreper, "eiendeler" og "egenkapital og gjeld". Disse skal beskrive selskapets formuessituasjon på et gitt tidspunkt. Lovens system er at summen av disse to poster skal balansere. En kan si at posten "egenkapital og gjeld" skal vise hvordan posten "eiendeler" er finansiert.

Begrepet egenkapital er ikke definert i aksjeloven, men fremkommer ut fra sammenhengen i rskl. § 6-2(1). Etter denne er selskapets egenkapital lik den regnskapsførte nettoformue, altså regnskapsførte eiendeler minus regnskapsført gjeld.

---

<sup>3</sup> Jfr Ot prp nr 42 1997-98, s 11.

Selskapets aksjekapital er et beløp som skal oppføres i selskapets vedtekter, jfr asl § 2-2(1) nr. 4, og som skal tilsvare antall aksjer i selskapet multiplisert med pålydende verdi per aksje. Dette beløpet må tilveiebringes ved stiftelsen av aksjeselskapet, jfr aksjeloven kapittel 2. Det er i aksjelovene fastsatt minimumskrav til aksjekapitalens størrelse, jfr asl § 3-1 og aasl § 3-1. Dette kan betraktes som minstekrav til kapitalinnskudd ved selskapets stiftelse. Aksjekapitalen er del av selskapets egenkapital. Minstekravet til aksjekapital følges ikke av en plasseringsplikt i selskapets eiendeler. Aksjekapitalen er således ikke bundet til en spesiell motpost på balanseregnskapets eiendelsside. Aksjekapitalen kan kun forandres ved vedtektsendring og i henhold til spesielle formregler i aksjeloven.

Aksjekapitalen utgjør sammen med overkursfondet, jfr asl § 3-2, og fond for vurderingsforskjeller, jfr asl § 3-3, aksjeselskapets bundne egenkapital. Dette fremkommer utfra overskriften "bunden egenkapital" til første del av kapittel 3 i aksjeloven sammenholdt med asl § 8-1. Betydningen av dette begrepet er at visse selskapsrettslige transaksjoner kun kan gjennomføres hvis selskapet har egenkapital som overstiger den bundne egenkapital. Dette er således en forutsetning for at selskapet skal kunne utdele utbytte etter asl § 8-1, gi gaver etter asl § 8-6 og yte lån til personer med tilknytning til selskapet etter asl § 8-7. Aksjeselskapets bundne egenkapital utgjør på denne måten, sammen med selskapets gjeld, den fremste sperren for adgangen til å overføre selskapets verdier til aksjeeierne. Eiendeler som etter balansen svarer til selskapets gjeld eller bundne egenkapital kan ikke overføres til aksjeeierne. Dette er et grunnprinsipp i norsk og kontinental selskapsrett og kommer til å være et kjernepunkt i denne oppgaven. Prinsippet understrekes av aksjelovens § 3-7 om ulovlige utdelinger. Etter denne bestemmelsen har mottaker plikt til å tilbakeføre verdier som er ulovlig overført ham. Poenget her er at verdier som overskyter det selskapet lovlig kan utdele er selskapets eiendom, og skal som utgangspunkt tilbakebetales selskapet. Etter asl § 3-7(2) kan også den som på vegne av selskapet medvirker til ulovlige utdelinger bli erstatningsansvarlige.

På den annen side fremgår det av asl § 8-1(3) at aksjeselskapet har frihet til å utdele verdier som tilsvarer den "frie egenkapital". Begrepet "fri egenkapital" fremkommer gjennom anvendelse av reglene i asl § 8-1(1) og (2). Utfra asl § 8-1(1) fremgår det at utdelbart beløp utgjør årets overskudd, jfr rskl § 6-1(1) samt balansert overskudd, jfr



rskl § 6-2C II nr.2 minus visse fradrag etter asl § 8-1(1) nr. 1 til 4. Etter asl § 8-1(2) må selskapet ha en egenkapital som minst utgjør 10% av balansesummen. Egenkapital som kan utdeles etter at disse regler er hensyntatt betegnes som selskapets frie egenkapital, jfr asl § 8-1(3).

### 1.3 NOEN GENERELLE AKSJERETTSLIGE BETRAKTNINGER

Aksjeselskapsretten er et utpreget privatrettslig område. Det samfunnsområdet aksjeloven skal dekke er preget av at det finnes flere forskjellige aktører som hver for seg har legitime og tildels kryssende interesser. Lovgivers oppgave innen aksjeretten er å hensynta og avveie de forskjellige aktørers interesser. Aksjeloven av 1997 er et resultat av denne avveiningen mellom forskjellige, tildels kryssende hensyn. Dette uttrykkes slik i forarbeidene: ”En stor del av lovens regler må leses på bakgrunn av at de forsøker å avveie de kryssende hensyn og interesser som kan gjøre seg gjeldende mellom de ulike grupper og mellom de ulike interesser”.<sup>4</sup>

De hensyn som i særdeleshet gjør seg gjeldende i aksjeselskapsretten er hensynet til aksjeeierne og hensynet til selskapets kreditorer. Lovens regler må således i stor grad sees på bakgrunn av disse grunnleggende hensyn. Disse kommer videre til uttrykk i to hovedbetraktninger innen aksjeselskapsretten. Den første betraktningen gjelder forholdet mellom selskapets kreditorer og aksjeeiere. Selskapets kreditorer er primært interessert i at selskapets kapitalgrunnlag er tilstrekkelig slik at selskapet kan dekke sine forpliktelser.<sup>5</sup> På den annen side er aksjeeierne i første rekke interessert i at den investeringen aksjeinnehaveren er skal gi økonomisk avkastning.<sup>6</sup> Det vil her kunne oppstå et motsetningsforhold og det blir således lovgivers oppgave å avveie hensynene. Aksjeloven bygger på det standpunkt at selskapets kreditorer skal vernes mot disposisjoner til fordel for aksjeeierne som kan tenkes å redusere selskapets formue og derved kreditorenes dekningsgrunnlag.<sup>7</sup> Disse reglene kalles aksjelovens kapitalvernsregler og vil være hovedtema for oppgaven.

---

<sup>4</sup> Jfr Ot prp nr 23 1996-97, s 14.

<sup>5</sup> Jfr NOU 1996:3, s 38.

<sup>6</sup> Jfr NOU 1996:3, s 38.

<sup>7</sup> Jfr NOU 1996:3, s 47.

Den andre betraktningen gjelder forholdet mellom selskapets aksjeeiere.

Utgangspunktet i aksjeretten er at beslutninger på selskapets vegne skal tas ved flertallsavgjørelser, jfr asl § 5-17(1). Sålenge majoriteten styrer utfra en målsetning om å ta beslutninger som er til selskapets beste, er dette i utgangspunktet en gunstig styreform for alle aksjeeierne. Majoriteten kan likevel tenkes å ville tilgodese sine egne interesser på de andre aksjeeiernes eller selskapets bekostning. For å hindre dette er det i aksjeretten utviklet en rekke normer til vern av selskapets aksjeeiere. Disse begrenser majoritetens kompetanse i forhold til hvilke disposisjoner som kan gjøres på selskapets vegne. Reglene til vern av aksjeeierne er i hovedsak likhetsprinsippet, minoritetsvernsreglene, generalklausulene og begrensningen som settes av selskapets formålsbestemmelse.<sup>8</sup> En nærmere studie av disse reglene vil ligge utenfor oppgavens hovedtema og jeg vil således ikke behandle dem i detalj. Jeg vil likevel komme noe inn på disse reglene for å illustrere aksjelovens system.

Det kan etter dette på generelt grunnlag sies at aksjeloven inneholder to hovedtyper regelsett, ett til vern av selskapets kreditorer og ett til vern av selskapets aksjeeiere. Regelsettenes anvendelsesområde vil likevel kunne være overlappende. En overføring av selskapsmidler til aksjeeierne kan etter forholdene kunne vurderes etter begge regelsett.

Et aksjerettslig grunnprinsipp er at aksjeeierne ikke kan gjøre beslutninger som strider mot bestemmelser i aksjeloven som er oppstilt i tredjemanns interesse.<sup>9</sup> Disse reglene er således preseptoriske og avtaler som gjøres i strid med disse er i utgangspunktet ugyldige. Aksjerettslige regler som er oppstilt for vern av aksjeeier er derimot deklarasjonelle. Det vil si at aksjeeierne ved enighet seg imellom kan fravike disse lovreglene. Dette skillet vil stå sentralt ved tolking og anvendelse av aksjelovens regler. Et hovedpoeng i den videre behandling er således at prinsippet om vernet av den bundne egenkapital og andre regler oppstilt til vern av selskapskreditorene er preseptoriske.

---

<sup>8</sup> Jfr Andersson, Om vinstutdelning från aktiebolag 1995 s 145-149, Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag 2002 s 71-75 og Rodhe s 229-258.

<sup>9</sup> Jfr SOU 1997:168, s. 66. Prinsippet må gjelde tilsvarende i norsk rett.

#### 1.4 OPPLEGG FOR OPPGAVEN

Jeg vil etter dette legge opp oppgaven i to hoveddeler. I den første vil jeg på prinsipielt grunnlag ta opp den ovenfor beskrevne kapitalmodell med vern om selskapets bundne egenkapital. Dette prinsippet går som en rød tråd gjennom hele aksjelovgivningen og danner på denne måten et helt system av regler. Forståelse av dette systemet er derfor avgjørende for forståelse av aksjelovgivningen som sådan. Innen denne første delen vil jeg først ta opp kapitalmodellen de lege lata og forklare hvordan systemet er bygget opp i norsk rett. Hovedvekten her vil ligge på å forklare aksjelovens system av kreditorvernregler. Deretter vil jeg se på hensynene bak reglene og begrunnelsene for disse. Her vil jeg også kort sammenligne med andre lands rettssystemer og med grunnlag i dette foreta en kort rettspolitisk diskusjon.

Etter dette vil jeg gå inn på reglene for overføring av verdier fra aksjeselskaper på et mer spesifikt plan. Jeg går her for det første inn på en drøftelse av begrepet utdeling. Særlig interessant her er skillet mellom utdelinger og alminnelige forretningsmessige transaksjoner. I forbindelse med utdelingsbegrepet kommer jeg inn på drøftelsen av utbyttebegrepet. Dette kommer som nevnt frem nettopp gjennom utdelingsbegrepet. En kan si at utdelingsbegrepet er styrende for utbyttebegrepet. Etter dette går jeg nærmere inn på utbyttebegrepet som sådan, vekten her vil ligge på hvor stort beløp som maksimalt kan utdeles etter kapitalmodellen. Med sammenheng til dette går jeg over til en fremstilling av gave og lånereglene også her med særlig vekt på reglenes tilknytning til kapitalmodellen. Til slutt fremstiller jeg reglene om sanksjoner ved ulovlige utdelinger, ulovlige gaver og ulovlig kreditt/sikkerhetsstillelse.

## 2 KAPITALVERN - DE LEGE LATA

Som nevnt er det et grunnprinsipp i aksjeretten at eierne av et aksjeselskap ikke er ansvarlige for aksjeselskapets forpliktelser. Dette fremkommer i norsk rett utfra asl § 1-1(2) og § 1-2(1). Aksjeeierne plikter ikke gjøre større innskudd i selskapet enn det som følger av grunnlaget for aksjetegningen, jfr asl § 1-2(2). Av dette følger at aksjeeiernes ansvar for selskapets forpliktelser er begrenset til det beløp de gjennom teginingsgrunnlaget har forpliktet seg til å skyte inn som aksjekapital. Selskapets kreditorer kan altså kun holde seg til selskapets formue for å dekke sine fordringer.

Dette forhold har gjort at lovgiver har satt opp et regelsystem som skal sikre at kapital faktisk blir innbetalt til selskapet og at denne såvidt mulig ikke forsvinner under selskapets drift. Det er således et krav i aksjeloven om innskudd av en minste aksjekapital. Dette finnes i asl § 3-1 og er satt til 100.000,- i aksjeselskaper. For allmennaksjeselskaper står kravet i aasl § 3-1 og er satt til 1.000.000,-. Store deler av aksjelovens kapittel 2 om stiftelse inneholder regler som skal sikre at dette beløp faktisk blir innbetalt til selskapet. Selskapet kan ikke registreres i Foretaksregisteret før aksjeinnskuddet er innbetalt, jfr asl § 2-18(2) 1 pkt. Blir selskapet ikke registrert, følger det av asl § 2-20(1) at det som hovedregel ikke kan erverve rettigheter eller pådra seg forpliktelser.

Denne innskuddsplikten suppleres av regler hvis hovedformål er at en, såvidt mulig, skal bevare en egenkapital i selskapet som svarer til innskuddskapitalen samt visse bundne fonds, altså den bundne egenkapital. Selskapets egenkapital kan tapes på i hovedsak to måter: at selskapets går med tap gjennom sin forretningsdrift eller ved at selskapets verdier overføres vederlagsfritt til aksjeeierne. Også overføringer av verdier til tredjemann kan tenkes å minske selskapets egenkapital. Da aksjeeierne i utgangspunkt skulle ha mindre interesse av å overføre verdier til tredjemenn, er dette spørsmålet dog noe mindre praktisk interessant. Slike disposisjoner kan likevel

forekomme og i slike tilfeller vil gaveregelen i asl § 8-6 kunne komme til anvendelse. Utover dette avgrenser jeg oppgaven mot spørsmålet.

Med hensyn til det første alternativ er det klart at ingen lov kan forby selskapet å gå med underskudd. Derimot er det i asl § 3-4 et krav om at selskapet til enhver tid skal ha en egenkapital som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten. Regelen er i asl § 3-5 belagt med en handlingsplikt for styret om selskapets egenkapital etter dette ikke er forsvarlig, eller om egenkapitalen er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen. Det understrekes i forarbeidene at det her er snakk om den reelle egenkapital, ikke den bokførte.<sup>10</sup> Jeg kommer noe inn på reglene i den videre fremstilling, men da bare for å belyse kapitalmodellen som sådan. Utover dette avgrenser jeg mot en nærmere gjennomgang av disse reglene.<sup>11</sup>

Overføring av verdier vederlagsfritt fra selskapet til aksjeeier er derimot oppgavens hovedtema. Det er i aksjelovgivningen satt tvingende forbud mot alle vederlagsfrie overføringer av eiendeler som etter balansen tilsvare selskapets gjeld eller bundne egenkapital. Dette følger mht utbytte av en sammenstilling av asl § 8-1 og rskl § 6-1 og 6-2 og er gjennomført slik at kun den frie egenkapital lovlig kan utdeles. I tillegg må kravet til forsvarlig egenkapital i asl § 3-4 og forsiktighetsregelen i asl § 8-1(4) hensyntas. De andre former for utdeling har egne regler som henviser til dette systemet, jfr asl § 9-3, § 12-2(2) og § 16-9(1). Har selskapet således ikke fri egenkapital, kan selskapet ikke lovlig foreta utdelinger til aksjeeierne. Hvis selskapet skulle foreta utdelinger som går utover eiendeler som motsvarer den bundne egenkapital, vil mottaker kunne bli tilbakeføringspliktig etter asl § 3-7(1) og de som medvirket til utdelingen på selskapets vegne vil kunne bli erstatningspliktige etter asl § 3-7(2).

Formålet med dette regelsettet er at selskapet til enhver tid såvidt mulig skal ha en formuesmasse som med en viss margin skal dekke selskapets forpliktelser. Marginen utgjøres av selskapets bundne egenkapital. Denne skal utgjøre selskapets kredittgrunnlag overfor kreditorene og får publisitet ved registrering av vedtektene i foretaksregisteret og ved regnskapsavleggelse.

---

<sup>10</sup> Jfr Ot prp nr 23 1996-97, s 50.

<sup>11</sup> Mer om kravet til forsvarlig egenkapital i Andenæs s 39-41.

De kapitalkrav som settes i aksjelovgivningen kan likevel ikke forstås dithen at selskapet ikke kan fortsette sin drift om eiendeler tilsvarende den bundne egenkapital ikke er i behold. Selskapet kan, etter forholdene, uten hinder av aksjelovgivningen fortsette sin drift selv om den bokførte egenkapital må ansees som tapt, jfr over hvor det poengteres at det materielle kravet om forsvarlig egenkapital i asl § 3-4 henviser til selskapets reelle egenkapital og ikke til den bokførte. Poenget er at selskapet ikke vederlagsfritt kan overføre verdier til aksjeeierne om det ikke har egenkapital som overstiger den bundne egenkapital. Den bundne egenkapital utgjør kun en sperre for utdeling, ikke for tap som følge av den alminnelige forretningsdrift.

På den annen side fremgår det av asl § 8-1(3) at verdier som tilsvarer selskapets frie egenkapital kan utdeles til aksjeeierne. Dette begrenses dog av asl § 8-1(4) hvor det oppstilles en forsiktighetsregel for utdeling. Det fremgår at det ikke i noe tilfelle kan utdeles mer enn forsiktig og god forretningsskikk tilsier. Dette er en regel som kompletterer prinsippet om vern av selskapets bundne egenkapital og den er i så måte oppstilt med det formål å verne selskapets kreditorer.<sup>12</sup>

Etter dette kan det stilles spørsmål om hvordan utdeling av utbytte fra aksjeselskapet skal gjennomføres. Praktisk sett må det her tas utgangspunkt i asl § 3-6. Som nevnt over må denne forstås slik at alle utdelinger som ikke kan henføres under lovens andre regelsett for utdeling må regnes som utbytte. Lovligheten av slike utdelinger må således prøves etter reglene om utbytte.

Rskl § 3-1 sammenholdt med rskl § 1-2 oppsetter en plikt for alle aksjeselskaper til å utarbeide årsregnskap og årsberetning i samsvar med bestemmelsene i regnskapsloven. På bakgrunn av dette skal aksjeselskapets styre fremsette forslag om utdeling eller annen anvendelse av overskudd etter asl § 8-2. Generalforsamlingen skal så stadfeste regnskapet på ordinær generalforsamling etter asl § 5-5(2) nr.1. Etter dette skal generalforsamlingen beslutte utdeling av utbytte med et beløp som ligger innenfor styrets forslag, jfr asl § 8-2. Dette beløpet må også ligge innenfor rammen av selskapets

---

<sup>12</sup> Jfr Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag 2002, s 54-55, SOU 1997:168 s 76-77. Dette må antas å gjelde også i norsk rett. Jfr også s 34.

frie egenkapital etter asl § 8-1(1) og (2) og innenfor området for forsiktighetsregelen etter asl § 8-1(4). Overstiger utbyttets størrelse denne rammen, blir det aktuelt med tilbakeføringsplikt for mottaker av utbyttet og erstatningsplikt for den som på selskapets vegne medvirket til utdelingen av utbyttet etter asl § 3-7.

Aksjeselskapets egenkapital kan også reduseres ved at selskapet gir gaver til aksjeeier eller tredjemann. Reglene om dette finnes i asl § 8-6. Hovedreglene står i § 8-6(3). Det fremgår av denne at gaver bare kan gis med tilslutning fra samtlige aksjeeiere.

Adgangen til å gi gaver er størrelsesmessig begrenset på samme måte som for utbytte, det vil si at gaver kun kan gis innen rammen av selskapets frie egenkapital, hensyntatt forsiktighetsregelen i asl § 8-1(4). Innen hvert regnskapsår må altså eventuell utdeling av utbytte og gaver sees i sammenheng innen rammen av den frie egenkapital. Reglene om selskapets kompetanse til å gi gaver faller således inn i aksjelovens system for å beskytte den bundne egenkapital.

Aksjeloven setter også begrensninger for selskapets adgang til å gi kreditt og stille sikkerhet for aksjeeier. Det fremgår av asl § 8-7 (1) at selskapet kun kan gi lån eller stille sikkerhet til fordel for aksjeeier eller aksjeeiers nærstående hvis beløpet er innenfor selskapets frie egenkapital og det stilles betryggende sikkerhet for fordringen. Også denne regelen går således inn i aksjelovens system for å verne om selskapets bundne egenkapital. Om selskapet kunne låne ut midler tilsvarende den bundne egenkapital til en aksjeeier, ville kreditorvernet den bundne egenkapitalen skal sørge for bli avhengig av aksjeeierens betalingsevne. Selskapets kredittgrunnlag vil i en slik situasjon reelt være aksjeeierens betalingsevne. Reelt ville et slikt lån bety at aksjeeier låner tilbake midler han har skutt inn i selskapet. Selskapslovgivningens system tilsier at drift av et selskap på denne forutsetning kun bør skje etter selskapsformer med personlig ansvar for deltakerne. Som fremstilt over gjelder det ved stiftelse av aksjeselskaper et ubetinget krav om at aksjeeier må innbetale tegnet beløp i sin helhet, jfr aksjelovens kapittel 2. Midler tilsvarende selskapets bundne egenkapital kan således etter aksjelovens system ikke under noen omstendighet lånes ut til aksjeeiere. Midler som tilsvarer selskapets frie egenkapital kan etter asl § 8-7(1) lånes ut til aksjeeier, men da bare under forutsetning av at selskapet får betryggende sikkerhet.

Det foreligger altså i aksjelovgivningen et helhetlig system av regler som omhandler aksjeselskapets kapital. Målet med dette er at selskapet ikke gjennom utdelinger eller lignende disposisjoner skal kunne komme i en situasjon hvor dets eiendeler på balansens aktivaside er mindre enn dets gjeld og bundne egenkapital på balansens passivaside. Dette gjelder alle disposisjoner som ikke er forretningsmessige disposisjoner. Formålet med systemet er at selskapets kreditorer skal ha et betryggende kredittgrunnlag i selskapets eiendeler.

### **3 KAPITALVERN - DE LEGE FERENDA**

Som allerede nevnt er hovedbegrunnelsen for den skisserte kapitalmodellen i norsk lovgivning hensynet til selskapets tredjemenn, i første rekke dets kreditorer og ansatte. Hovedtanken i systemet er at eiendeler som tilsvarer selskapets bundne egenkapital såvidt mulig skal holdes i selskapet og tjene som en sikkerhet for selskapets forpliktelser. Denne sikkerheten skal erstatte aksjeeiernes personlige ansvar for aksjeselskapets forpliktelser. Meningen er på denne måten å avbøte de negative konsekvenser aksjeeiernes begrensede ansvar for selskapets forpliktelser har for selskapets tredjemenn.<sup>13</sup>

Dette hensyn må dog avveies mot andre grunnhensyn og ikke drives så langt at disse blir skadelidende. Av særlig betydning i denne forbindelse er hensynet til å legge tilrette for nyetableringen av næringsvirksomhet i samfunnet og fremme et konkurransedyktig næringsliv.<sup>14</sup>

Det kan her trekkes linjer til vurderinger av aksjeselskapet som juridisk konstruksjon i samfunnslivet generelt. Utgangspunkt her må tas i at aksjeselskapskonstruksjonen har vokst frem og utviklet seg i takt med det industrialiserte samfunns gjennombrudd og

---

<sup>13</sup> Jfr Ot prp nr 23 1996-97, s 14.

<sup>14</sup> Jfr Ot prp nr 23 1996-97, s 14.



utvikling. Selve utviklingen av et markedsøkonomisk samfunn skapte behovet for konstruksjonen. En velfungerende markedsøkonomi bygger på at grupper av borgere kan gå sammen og drive næringsvirksomhet uten dermed også å risikere hele sin personlige formue. Det kan også forutsettes at en velfungerende markedsøkonomi fører til økt velstand og velferd for samfunnet som helhet. Utfra dette kan det sluttet at aksjeselskapskonstruksjonen må ha til formål å oppmuntre til næringsvirksomhet og fremme omsetningen av varer og tjenester.

For å nå dette målet kan aksjelovgivningen ikke bare ta hensyn til selskapets tredjemenns interesser, men også interessene til aksjeeierne og samfunnet forøvrig. Hva angår aksjeeierne så har disse investert midler i selskapet og ønsker seg således økonomisk avkastning av denne investeringen. Dette grunnleggende prinsipp er ikke fastsatt i klartekst i aksjeloven, men fremgår forutsetningsvis av asl § 2-2(2). Det fremgår her at lovens deklarasjoniske hovedregel er at aksjeselskapets hovedformål skal være å skaffe aksjeeierne økonomisk avkastning. Det kan utfra dette sluttet at aksjeeierne i enhver situasjon vil ønske å kunne disponere så fritt som mulig over selskapets formue. Dette vil føre til en større kapitalmobilitet i samfunnet slik at risikokapital blir allokert til den virksomhet som er mest lønnsom. En stor kapitalmobilitet vil på denne måten legge forholdene godt tilrette for nyetableringer og et velfungerende og lønnsomt næringsliv. Det kan således anføres samfunnsmessige hensyn som argumenter for aksjeeiernes frie disposisjonsrett over selskapets formue.<sup>15</sup>

På den annen side må det tas hensyn til at selskapets kreditorer kun kan holde seg til selskapets formue for dekning av sine fordringer. Det er etter dette klart at aksjeeierne ikke under noen omstendighet bør kunne disponere helt fritt over selskapets formue. Kreditorne har således en klar interesse i at aksjeeierne binder en viss del kapital i selskapet ved selskapets stiftelse og i at denne så vidt mulig holdes i selskapet gjennom dets virke. Som nevnt er forarbeidene utgangspunkt at aksjeeiernes begrensede ansvar kan medføre negative konsekvenser for selskapets tredjemenn, og at disse må forsøkes avbøtet gjennom særlige lovregler.

---

<sup>15</sup> Jfr Ot prp nr 23 1996-97, s 43.

Et minstekrav til innskudd fra aksjeeiernes side kan på denne måte motvirke useriøse og ufunderte selskapsdannelser.<sup>16</sup> Dette er et av de hovedhensyn som departementet fremhever. ”Det er departementets syn at et høyt aksjekapitalkrav vil ha en viss betydning i kampen mot økonomisk kriminalitet”. Tankegangen er at et lavt krav til minsteinnskudd vil kunne føre til flere useriøse og ufunderte selskapsdannelser og således større fare for tap for selskapets tredjemenn. På den annen side er det klart at et høyt krav til minsteinnskudd i selskapet vil virke hemmende på nyetableringer i næringslivet og driften av små virksomheter i særdeleshet. Interessant i denne forbindelse er økningen i det danske minstekapitalkravet til 200.000,- i 1991 og den påfølgende nedsettelsen til 125.000,- i 1996. Frykten for misbruk av selskapsformen spilte en vesentlig rolle i forhold til begge beslutninger.<sup>17</sup> Poenget ved nedsettelsen i 1996 var at et stort antall små danske anpartsselskaper ikke var i stand til å gjennomføre kapitalforhøyelsen. Derfor ble kravet nedsatt, mot en skjerping av reglene om vern av selskapets kapital. Det kan også stilles spørsmål ved i hvilken grad kravet til en minste innskuddskapital kombinert med begrensede uttaksmuligheter for aksjeeierne virkelig utgjør noe reelt hinder mot økonomisk kriminalitet. I og med at minstekravene er såpass små kan det hevdes at det kun er en liten del av befolkningen som vil hindres av et slikt krav og at de som virkelig ønsker å begå ulovligheter, likevel klarer å gjennomføre dette.<sup>18</sup>

Utgangspunktet i aksjeretten er at aksjeeierne ved sin eierposisjon har et nærmest ubegrenset gevinstpotensiale. På den annen side er deres risiko begrenset til deres innskudd i selskapet. Dette gjør at mange aksjeeiere sørger for at selskapet i størst mulig grad finansieres eksternt, ved å ta opp lån. Et innskuddskrav øker aksjeeiernes innsats og risiko ved driften av selskapet, og øker på denne måten aksjeeiernes nedside om selskapet skulle gå konkurs. Dette kan igjen virke som et incentiv for aksjeeierne til å sørge for at selskapet styres på en forsvarlig måte. På den annen side er det klart at et generelt krav til minsteinnskudd i aksjeselskaper ikke vil kunne tilpasses de individuelle forhold i det enkelte selskap. Det vil således ikke kunne hensynta de kapitalbehov som gjelder i den enkelte virksomhet. Det er stifterne selv som i siste instans må ta stilling til

---

<sup>16</sup> Jfr Ot prp nr 23 1996-97, s 36.

<sup>17</sup> Jfr Kruger Anderson, Selskapers kapital s 24.

<sup>18</sup> Jfr Andersson, Selskapers kapital s 40.

hvordan selskapets kapitalstruktur skal være utover lovens minstekrav.<sup>19</sup> Stifterne kan etter dette fastsette selskapets aksjekapital til lovens minimum selv om selskapets virksomhet skulle tilsi at kapitalgrunnlaget burde vært sterkere. Og selv om de skulle stifte selskapet med en aksjekapital som overstiger lovens minimum kan denne på et senere tidspunkt nedsettes til lovens minimum, jfr aksjelovens kapittel 12. Særlig i store virksomheter fører dette til at selskapets bundne kapital blir et lite tilfredsstillende kredittgrunnlag og at kreditorene i større utstrekning må sikre sine fordringer gjennom særskilte avtaler.<sup>20</sup>

Et annet ankepunkt mot den kontinentale kapitalmodellen er at den er basert på formelle begreper og regnskapsførte verdier. Den bundne egenkapital er kun et formelt fastsatt beløp på balansens passivaside. Den er ikke knyttet til noen av selskapets eiendeler på balansens aktivaside. Kreditorenes dekningsmuligheter i en konkurssituasjon vil ikke være avhengig av disse størrelser, men av den reelle verdien av selskapets eiendeler og gjeld. Regnskapsreglene fører til at de verdier dette formelle kreditorvernsystemet bygger på sjelden vil samsvare med de reelle verdiene av selskapets eiendeler og gjeld, som vil være avgjørende for kreditorene i en dekningsituasjon. Og selv om dette skulle være tilfellet kan selskapets bundne egenkapital fremdeles tildels være tapt gjennom selskapets ordinære forretningsdrift. De nye særnorske reglene i asl § 3-4 og 3-5 kan ansees som et forsøk på å gjøre noe med denne situasjonen. Departementet uttalte således i forarbeidene at gjeldende rett gir et lite tilfredsstillende vern der et selskap går med tap.<sup>21</sup> Departementet gikk så inn for å ta inn et generelt forsvarlighetsprinsipp i loven med en tilhørende handleplikt ved betydelig tap av egenkapital.<sup>22</sup> Det fremgår eksplisitt at bestemmelsene retter seg mot den reelle og ikke den bokførte egenkapital.<sup>23</sup> Disse reglene bygger således på materielle kriterier og representerer på den måten et annet system for vern av selskapskreditorene enn det formelle systemet den tradisjonelle kapitalvernmodellen gir uttrykk for.

---

<sup>19</sup> Jfr Ot prp nr 23 1996-97, s 30.

<sup>20</sup> Jfr Andersson, Om vinstutdelning i aktiebolag s 137.

<sup>21</sup> Jfr Ot prp nr 36 1993-94, s 74.

<sup>22</sup> Jfr Ot prp nr 23 1996-97 s 51 og s 54.

<sup>23</sup> Jfr Ot prp nr 23 1996-97 s 52.

Det kan etter dette konstateres at det foreligger en interessekonflikt mellom aksjeeiernes og kreditorenes interesser med hensyn til spørsmålet om aksjeselskaper burde ha en lovfestet modell for sin kapitalstruktur, og med hensyn til hvordan en slik i tilfelle bør utformes. Selskapets kreditorer ønsker seg i hovedsak en rimelig sikkerhet for sine fordringer i selskapets formue, mens aksjeeierne primært ønsker seg økonomisk avkastning og størst mulig kontroll over sine investeringer. Det er forholdet mellom disse, hver for seg legitime interesser som aksjelovgivningen søker å avveie og finne hensiktsmessige løsninger for. Aksjelovgivningen må således vurderes og tolkes på denne bakgrunn.

Likevel må det i denne forbindelse innskytes at det ikke nødvendigvis foreligger interessekonflikt mellom interessegruppene i alle henseender. Det finnes også områder hvor gruppenes interesser sammenfaller. For det første ivaretar reglene om selskapskapitalen også viktige aksjeeierinteresser.<sup>24</sup> For det andre vil strenge krav til selskapets kapitalgrunnlag kunne føre til at selskapet vil nyte allmenn tillit i markedet.<sup>25</sup> Dette kan igjen gjøre det lettere for selskapet å få kreditt på gode betingelser hos långivere, noe som ofte er avgjørende for selskapets drift. Hovedbetraktningen må likevel etter drøftelsen over være at det med hensyn til regelverket rundt selskapskapitalen foreligger viktige interesseforskjeller mellom aksjeeierne og selskapets kreditorer.

Det er i teorien stilt spørsmål ved om det kapitalsystemet som gjelder innen aksjelovgivningen tilgodeser hensynet til kreditorene i så stor grad at det motiverer systemets eksistens.<sup>26</sup> Diskusjonen over viser at det kan stilles opp flere sterke argumenter mot aksjelovgivningens kapitalmodell og at de argumenter som stilles opp

---

<sup>24</sup> Jfr Ot prp nr 23 1996-97 s 29. Det henvises her i særdeleshet til det aksjerettslige likhetsprinsippet som ligger til grunn for rettsforholdet mellom aksjeeierne. Forarbeidene trekker som eksempel frem at stiftelsesreglene og reglene som begrenser kreditt og sikkerhetsstillelse til fordel for aksjeeier ivaretar aksjeeiernes interesser ved å virke for at byrder og fordeler blir likt fordelt mellom aksjeeierne. Jfr også oppgaven s 7.

<sup>25</sup> Jfr Ot prp nr 23 1996-97 s 14.

<sup>26</sup> Jfr Andersson, Om vinstutdelning i aktiebolag 1995 s 137.

for modellen ikke alltid slår til. På bakgrunn av disse innvendingene er det hevdet at aksjelovgivningens kreditorvernsystem er misvisende og kanskje tildels villedende.<sup>27</sup>

Det kan her være interessant å trekke paralleller til det system som gjelder i den amerikanske selskapsrettslige modellakten og i de fleste delstater i USA.

I USA er aksjelovgivning hver enkelt delstats ansvarsområde. Hver delstat har således en egen aksjelovgivning. I tillegg finnes det en modellakt utarbeidet av ”Committee on Corporate Laws”. Denne ble sist gang revidert i 1984 og kalt ”Revised Model Business Corporation Act” – RMBCA. Siden 1969 har RMBCA ikke oppstilt noen krav til minste innskuddskapital. I tillegg er det svært få delstater som har lovgitte krav om minste innskuddskapital. Begrunnelsene for endringen var blandt annet at en minste aksjekapital blir satt tilfeldig i forhold til det enkelte selskaps økonomiske behov for egenkapital. I hovedsak viste minimumskravet seg således utilstrekkelig. Som følge av dette ble det anført at et krav om en minste innskuddskapital som vern for kreditorene var misvisende og tildels villedende for kreditorene. I tillegg så man at kreditorene i praksis heller stolte på kreditopplysninger og egen sikkerhet enn lovens verneregler ved utlån.<sup>28</sup>

Prinsippene for kapitalvern i den kontinentaleuropeiske kapitalmodell var anbefalt av RMBCA frem til 1984. I RMBCA 1984 ble reglene opphevet og erstattet med en solvens / suffisienstest uansett om det var snakk om utdeling av utbytte, nedsettelse av aksjekapitalen eller erverv av egne aksjer. Modellen fremkommer i § 6.40 (c) RMBCA 1984.<sup>29</sup> Herav følger at utdeling til aksjeeierne ikke kan skje om selskapet på grunn av utdelingen skulle bli insolvent eller insuffisient. Dette systemet ligger i sitt innhold nærmere de regler vi i Norge har i konkursloven og dekningsloven. I motivene til RMBCA 1984<sup>30</sup> heter det at systemet med bunden egenkapital ikke tjener sitt formål for vern av selskapskreditorene og at reglene således kan være villedende for kreditorer

---

<sup>27</sup> Jfr Andersson, Om vinstutdelning i aktiebolag 1995 s 142.

<sup>28</sup> Jfr Andersson, Selskapers kapital s 38.

<sup>29</sup> Sitert i Andersson, Om vinstutdelning i aktiebolag 1995, s 109.

<sup>30</sup> Delvis sitert i Andersson, Om vinstutdelning i aktiebolag 1995, s 110.

som tror at systemet reellt beskytter dem.<sup>31</sup> Systemet har ikke fått så stort gjennomslag på delstatlig nivå, likevel er det en betydelig andel delstater som anvender en slik test.<sup>32</sup>

Denne ekskursen til den amerikanske kapitalmodellen kan tjene som eksempel på at det kontinentaleuropeiske system for vern av aksjeselskapets kreditorer ikke er den eneste veien å gå. Det kan etter dette prinsipielt settes opp tre generelle modeller for hvordan lovgiver kan gå frem for å utvikle et system for vern av selskapets kreditorer.

For det første solvens- og suffisienssystemet fra RMBCA som beskrevet over. For det andre kapitalsystemet med minsteinnskudd av aksjekapital og vern om selskapets bundne egenkapital som gjelder i størstedelen av Europa og for det tredje systemet med en generalklausul med krav om forsvarlig egenkapital, som i asl § 3-4 og 3-5. Lovgiver står i utgangspunktet fritt til å velge og sette sammen elementer fra de forskjellige modellene etter hva som er hensiktsmessig i hvert land. Norge er et eksempel hvor en har kombinert kapitalmodellen med vern om den bundne egenkapital med et system med krav om forsvarlig egenkapital.

Det må likevel poengteres at de fleste Europeiske land ikke står fritt til å velge kapitalmodell. For Norges del følger særlige forpliktelser av EØS-avtalen som er gjort til norsk lov ved lov 27.november 1992, § 1. Det henvises her til de selskapsrettslige rådsdirektivene i EØS-avtalens hoveddel art. 77. For oppgavens problemstilling er 2. rådsdirektiv av 13. desember 1976 av særlig interesse. Dette direktivet har til formål å sikre aksjeeiere og kreditorer i allmennaksjeselskap et minimum av likeverdig vern innen det europeiske fellesskap, jfr preambel andre rådsdirektiv. Minste innskuddskapital er etter artikkel 6 satt til 25000,- EURO. Prinsippet om vern av den bundne egenkapital er oppstilt i artikkel 15 p.1(a), hvor det fremgår at utdeling kun kan skje når netto aktiva etter siste årsregnskap er større enn tegnet kapital og bundne fonds. Maksimalt utdelbart beløp fremgår av artikkel 15 p.1(c) og kan ikke overstige årets overskudd og balansert overskudd samt frie fond fratrasket underskudd overført fra tidligere år. Udeles mer enn tillatt etter disse reglene, oppstår tilbakebetalingsplikt etter artikkel 16. Det andre rådsdirektiv gjelder bare for allmennaksjeselskaper, men Norge har gjennomført det også for aksjeselskaper. Direktivet gir minimumsregler og norsk

---

<sup>31</sup> Jfr Andersson, Om vinstutdelning i aktiebolag 1995, s 110.

<sup>32</sup> Jfr Andersson, Selskapers kapital s 34.

regelverk kan således ikke være mindre restriktivt enn dette uten å være i strid med EØS-loven.

Det er etter dette klart at det kan argumenteres for at den kontinentale kapitalmodellens regler ikke fungerer så godt som forutsatt med hensyn til deres formål om å beskytte selskapskreditor. Det kan videre argumenteres for at fordelene systemet fører med seg totalt sett oppveies av dets ulemper. Jeg har også pekt på at vern av aksjeselskapets kreditorer er et mål som også kan oppnås gjennom anvendelse av andre kapitalmodeller. Særlig interessant i dette henseende er parallellen til den amerikanske modellaktens system for vern av kreditorene. Det er likevel slik at Norge gjennom EØS-loven uansett er bundet av EU's selskapsdirektiver. I dagens og overskuelig fremtids politiske situasjon vil disse reellt sett danne yttergrensen for lovgivers frihet. Det må i tillegg tas hensyn til at modellen har vært i det norske rettssystem siden 1910 og er velkjent og godt innarbeidet.

## **4 UTDELINGSBEGREPET**

### **4.1 INNLEDNING**

Jeg går nå over til oppgavens andre del hvor jeg vil gå nærmere inn på de spesielle lovreglene som gjelder for overføring av verdier fra aksjeselskapet til dets aksjeeiere. Som nevnt kan en overføring av verdier fra et aksjeselskap til aksjeeier enten være en del av en forretningsmessig transaksjon dem imellom, eller en vederlagsfri overføring til aksjeeiere. En slik vederlagsfri overføring av verdier til aksjeeierne kan deles opp i utdeling etter asl. § 3-6, gave etter asl. § 8-6 og kreditt til aksjeeier etter asl. § 8-7.<sup>33</sup> De samme beløpsmessige grenser gjelder for disse disposisjoner som for utdeling. Den helt nøyaktige avgrensning mellom utdeling, gaver og kreditt fra selskap til aksjeeier er det derfor ikke avgjørende å trekke.

---

<sup>33</sup> Som nevnt over vil også erverv av egne aksjer etter aksjeloven kapittel 9 falle inn under dette.

I en praktisk tilnærming er således det første spørsmål en må stille seg hva slags type transaksjon en står ovenfor. Skillet mellom forretningsmessige transaksjoner og vederlagsfrie overføringer har stor betydning i forhold til vurderingen under det andre hovedspørsmålet som må stilles i en praktisk tilnærming, nemlig om overføringen av verdier fra aksjeselskapet til aksjeeieren er lovlig. Aksjeloven er som nevnt i innledningen i hovedsak bygget av normer oppstilt til vern av aksjeeierne og normer oppstilt til vern av kreditorene. Det alminnelige prinsipp er at normene oppstilt til vern av aksjeeierne kan fravikes ved full enighet mellom aksjeeierne, mens normene oppstilt til vern av kreditorene er ufravikelige.<sup>34</sup> Lovligheten av overføringer fra aksjeselskapet skal vurderes etter disse normene. Skillet mellom forretningsmessige transaksjoner og disposisjoner som skal henføres under utdeling etter asl § 3-6, gave etter asl § 8-6 eller kreditt etter asl § 8-7 flg, har betydning i og med at lovligheten av forretningsmessige transaksjoner kun skal vurderes etter reglene til vern av aksjeeier. Lovligheten av disposisjoner som skal henføres under utdeling, gave eller kreditt må i tillegg vurderes etter lovens regler til vern av selskapets kreditorer. Dette er disposisjoner som til fordel for aksjeeier kan innebære reduksjon av selskapets kapitalgrunnlag slik at kreditorenes dekningsmuligheter trues.<sup>35</sup> Kreditorene må således i disse situasjonene særlig hensyntas. Skillet kommer ikke direkte til uttrykk i aksjeloven, men inndelingen må følge av aksjelovens system og av aksjerettslige prinsipper.

Begrepet ”utdeling” er definert i aksjeloven § 3-6(2) 1 pkt. Det fremgår her at ”som utdeling regnes enhver overføring av verdier som direkte eller indirekte kommer aksjeeieren tilgode”.

Betydningen av at en overføring fra selskapet skal henføres under begrepet utdeling fremgår av asl. § 3-6(1). Utdeling kan etter denne bare foretas etter regelsettene om utbytte, kapitalnedsettelse, fusjon og fisjon og oppløsning. Bestemmelsens virkeområde er altså positivt bestemt. Til sammenligning var § 12-4 i aksjeloven av 1976, den tilsvarende bestemmelsen i denne loven, negativt bestemt. Denne fastslo at utbetalinger fra selskapet som ikke kunne henføres under de andre regelsettene i § 12-4 måtte bedømmes etter reglene om utbytte. Det fremkommer av forarbeidene til aksjeloven av

---

<sup>34</sup> Jfr s 7-8.

<sup>35</sup> Jfr NOU 1996:3, s 38.



1997 at den nye bestemmelsen tilsvarer § 12-4(1) i loven av 1976, men at den er noe annerledes utformet.<sup>36</sup> Aksjeloven 1997 § 3-6(1) må således tolkes på samme måte som § 12-4 (1) i loven av 1976. Dette kan også begrunnes i aksjelovens system, hvoretter utbyttere reglene er et generelt utformet regelsett.<sup>37</sup> Tolkningen bekreftes videre av Andenæs.<sup>38</sup> Begrepet ”utbytte” blir på denne måten avhengig av utdelingsbegrepet ved at alle disposisjoner som skal henføres under begrepet ”utdeling”, men som ikke følger ett av de andre opplistede regelsett, må bedømmes som utbytte. Vi kan således si at utdelingsbegrepet er styrende for utbyttebegrepet.

Utgangspunktet for fremstillingen av utdelingsbegrepet er at det foreligger en overføring av verdier fra aksjeselskapet. Drøftelsen over kan etter en praktisk tilnærming i grove trekk oppsummeres i to hovedbetraktninger. Den ene situasjonen er at det skjer en overføring av verdier fra aksjeselskapet til aksjeeier som følger ett av de nevnte regelsettene i asl. § 3-6(1). Regelsettene kan som et utgangspunkt deles opp i materielle og formelle regler.<sup>39</sup> Med hensyn til utdeling av utbytte gjelder de materielle reglene hvor mye som kan utdeles og på hvilket grunnlag dette kan gjøres. De formelle reglene dreier seg om den formelle prosedyre for utdeling av utbytte. Poenget i denne første betraktningen er at har vi en overføring av verdier fra selskapet til aksjeeier som følger de formelle reglene for ett av de aktuelle regelsett, så er det relativt enkelt å se at transaksjonen er en utdeling og tilsvarende greit å kontrollere om overføringen er lovlig eller ikke. Denne lovlighetsprøvnningen vil da måtte skje etter regelsettets materielle regler.

Den andre situasjonen er at det skjer en overføring av verdier fra aksjeselskapet til aksjeeier som ikke følger de formelle reglene i ett av regelsettene i asl. § 3-6(1). Etter en praktisk tilnærming må det da først tas stilling til om transaksjonen er å betrakte som en utdeling. Dette følger av definisjonen i asl. § 3-6(2) 1 pkt. Kommer en etter denne til at overføringen er en utdeling må lovligheten av denne vurderes etter aksjelovens regler

---

<sup>36</sup> Jfr NOU 1996:3 s 102.

<sup>37</sup> Jfr Aarbakke s 163.

<sup>38</sup> Jfr Andenæs s 329-330.

<sup>39</sup> Inndelingen fremgår av NOU 1996:3 s 48.

om utbytte. Det er således i denne situasjonen at definisjonen av utdeling i asl § 3-6(2) 1 pkt kommer på spissen.

Det oppstilles i norsk aksjerett tre krav som må oppfylles for at en disposisjon skal ansees som en "utdeling". Disse fremkommer som nevnt utfra en tolking av asl § 3-6(2) 1 pkt. For det første er det et objektivt krav om at det må foreligge en overføring av verdier. For det andre må det være en sammenheng mellom aksjeeierens aksjeinnehav og selskapets overføring og for det tredje er det et subjektivt krav om at denne overføringen direkte eller indirekte kommer aksjeeier tilgode.

## 4.2 OBJEKTIVT KRAV

Det objektive element av utdelingsdefinisjonen i asl. § 3-6(2) 1.pkt er "enhver overføring av verdier". Utfra en alminnelig forståelse av ordlyden må det være klart at alle ensidige overføringer fra aksjeselskapet omfattes av dette begrepet. At ordlyden anvender begrepet "verdier" tyder videre på at overføringer av alle typer økonomiske goder omfattes. Hensynet til selskapets kreditorer tilsier også at utdelingsbegrepet bør komme til anvendelse på overføringer av alle typer økonomiske goder fra selskapet. Ellers ville det være enkelt å omgå lovens kapitalvernregler til skade for kreditor. Rettspraksis fra beslektede rettsområder trekker i samme retning. Rt 1989 s 545 gjaldt overdragelse til underpris av fast eiendom fra aksjeselskap til aksjeeier. Høyesterett anså her at differansen mellom eiendommens verdi og overskjøtningsprisen måtte regnes som utbytte etter aksjeskatteloven § 3(2). I Rt 1993 s 1518 var situasjonen at selskapet hadde fordringer på aksjeeier. I tiden før selskapets konkurs hadde aksjeeier utnyttet situasjonen ved å få disse delvis slettet. Høyesterett anså at dette måtte likestilles med uttak av penger etter straffeloven § 285(2) og at slettingen av fordringen var uberettiget i forhold denne. Disse vurderingene må også være relevante i forhold til det selskapsrettslige utdelingsbegrep.<sup>40</sup> De beste grunner taler således for at ensidige overføringer av alle typer økonomiske goder fra selskapet omfattes av utdelingsdefinisjonen i asl § 3-6(2) 1 pkt.

---

<sup>40</sup> Jfr Aarbakke s 164.

Også overføringer mot vederlag kan være utdeling etter loven. Dette kan være tilfellet hvor det er et misforhold mellom den ytelse selskapet mottar og det vederlaget selskapet yter mot denne. Lovens ordlyd omfatter også denne situasjonen. Spørsmålet er omtalt i forarbeidene hvor det i forbindelse med tilbakeføringsplikt for ulovlige utbetalinger uttales at tilbakeføringsplikten bare gjelder utbetalinger til aksjeeier i denne egenskap og ikke utbetalinger til aksjeeier i hans egenskap av å være avtalemotpart. Det uttales videre at "I denne forbindelse må man forøvrig være oppmerksom på at vederlag som utbetales for tjenester til selskapet, kan tenkes å være så urealistiske at det kan foreligge en omgåelse av de bestemmelsene i aksjeloven som gjelder utbetalinger og dermed en maskert utdeling".<sup>41</sup> Forholdet vil her som regel være at transaksjonen utad fremstår som en alminnelig forretningsmessig disposisjon, avgrensningen mot vederlagsfrie overføringer kommer således på spissen i forhold til denne problemstillingen.

Spørsmålet blir så hvordan og etter hvilke kriterier grensen skal trekkes.

Utgangspunktet må her tas i lovens ordlyd. Denne taler om enhver overføring av "verdier". Dette tyder på at det er den objektive verdiforskjellen på ytelsene som er det avgjørende vurderingskriteriet. Uttalelsen i forarbeidene referert over må sies å trekke i samme retning. Samme betraktning synes å fremkomme av Aarbakke.<sup>42</sup> Det må etter dette legges til grunn at det avgjørende kriteriet for vurderingen etter norsk rett må være den objektive prisforskjell mellom ytelsene.<sup>43</sup>

Det prinsipielle spørsmål er hvor stor den objektive diskrepansen må være. Ordlyden synes her å trekke i retning av at enhver verdiforskjell på ytelsene må føre til at transaksjonen må klassifiseres som utdeling. Uttalelsen i forarbeidene synes på den annen side å tillate et noe større rom for verdiforskjell mellom ytelsene før disposisjonen må regnes som en utdeling.<sup>44</sup> Det kan i norsk rett være relevant å foreta en sammenligning med skatteloven § 10-11 som omhandler skattepliktig utdeling. Rettspraksis rundt denne har konkludert med at det må være et klart misforhold mellom

---

<sup>41</sup> Jfr Innstilling til lov om aksjeselskaper 1970, s 173.

<sup>42</sup> Jfr Aarbakke s 164.

<sup>43</sup> Jfr Også Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag 2002, s 33-34.

<sup>44</sup> Jfr Innstilling til lov om aksjeselskaper 1970, s 173. Referert på forrige side.

ytelsene for at det skal foreligge skattepliktig utdeling.<sup>45</sup> Aarbakke bemerker til dette at aksjeloven § 3-6 (2) har et annet formål enn beskatning og at kravet til verdiforskjell etter aksjeloven således ikke bør være så strengt.<sup>46</sup> Det siktes nok her til at aksjeloven § 3-6 i hovedsak er satt opp i kreditorenes interesse og at dette gjør at forskjellen mellom ytelsene ikke bør være så klar her som etter den tilsvarende skattemessige regelen. Det kan etter dette legges til grunn at hensynet til kreditorvern trekker sterkt i retning av at den objektive verdiforskjellen mellom ytelsene ikke bør være særlig stor før det er snakk om en utdeling. Aarbakke fortsetter sin drøftelse med å tilføye at verdiforskjellen likevel bør kunne være større i tilfeller hvor ytelsenes omfang og kvalitet er vanskelig å bedømme eller hvor ytelsene har usikker verdi.<sup>47</sup> Det kan her trekkes paralleller til hensynet til omsetningens sikkerhet i næringslivet. Med hensynet til omsetningen mener jeg her det forhold at aksjeeiere og andre skal kunne stole på at de retthandlingene de i god tro gjør med selskapet skal nyte et konkret vern i lovgivningen.<sup>48</sup> Tankegangen kan sammenlignes med begrunnelsene for de legitimasjonregler som gjelder ellers i lovgivningen. Dette hensynet vil således begrense hvor langt en kan trekke vernet av selskapets kreditorer i forhold til avgrensningen av hva som kan være en forretningsmessig transaksjon. Det kan altså ikke være slik at enhver transaksjon som er ugunstig for selskapet og således gunstig for aksjeeier kan være en utdeling.<sup>49</sup> Hensynet til omsetningen trekker etter dette i retning av at det bør være et visst spillerom ved vurderingen av den objektive verdiforskjell mellom ytelsene.<sup>50</sup>

Drøftelsen kan så langt oppsummeres ved å si at utgangspunktet er at enhver ensidig overføring av formuesgoder fra aksjeselskapet til aksjeeier regnes som en utdeling. Lovens ordlyd og formål om kreditorvern tilsier denne løsning. Dette gjelder også når selskapet mottar vederlag, når verdien av dette ikke tilsvare verdien av selskapets ytelse. Utgangspunktet for vurderingen er den objektive verdidiskrepansen mellom ytelsene. Her må imidlertid også hensynet til omsetningens sikkerhet iakttas. Det må

---

<sup>45</sup> Jfr Rt 1928 s 540 og Rt 1939 s 699.

<sup>46</sup> Jfr Aarbakke s 164.

<sup>47</sup> Jfr Aarbakke s 164.

<sup>48</sup> Jfr Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag 2002, s 21-23. Hensynet må antas å være relevant også etter norsk rett.

<sup>49</sup> Jfr SOU 1997:168 s 67.

<sup>50</sup> Jfr Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag 2002, s 33 flg.

således legges inn et visst spillerom hvis ytelsene er vanskelige å prissette. Den videre vurdering må gjøres konkret.

I forhold til denne problemstillingen kan det være interessant å foreta en ekskurs til svensk rett. Avgrensningen mellom forretningsmessige avtaler og utdelinger har her vært gjenstand for en omfattende debatt. Det har blitt reist spørsmål om det i tillegg til et krav om en viss objektiv diskrepans i tillegg bør stilles et subjektivt krav.<sup>51</sup> Hensynet til sikkerhet i omsetningen har i særdeleshet blitt anført som argument for et slikt krav. Rettstilstanden i Sverige kan for øyeblikket betegnes som usikker.<sup>52</sup> I SOU 1997:168 s. 67 nevnes således følgende momenter som aktuelle ved vurderingen i tillegg til verdidiskrepansens objektive størrelse: transaksjonens karakter, mottakers relasjon til selskapet og øvrige omstendigheter. Bakgrunnen for uttalelsen er at den svenske komiteen foreslår å gjøre utdelingsreglene generelt anvendelige også på overføringer til andre enn aksjeeiere, på den måten at enhver utdeling som går utover den bundne egenkapital er ulovlig etter kapitalvernreglene uansett om den skjer til aksjeeier eller utenforstående.<sup>53</sup> Utdelingsreglene vil etter dette vide virkeområdet i tillegg til å gjelde utdelinger til utenforstående også gjøre seg gjeldende i tilfeller hvor det ikke er sammenheng mellom aksjeeiers aksjeinnehav og selskapets ytelse. Et slikt generelt virkeområde gjør avgrensningen til forretningsmessige disposisjoner desto viktigere. Komiteen har her tatt i betraktning at hensynet til omsetningen vil gjøre seg gjeldende i varierende grad avhengig av aksjeeierens innflytelse i selskapet. Jo større innflytelse aksjeeieren har, desto mindre beskyttelsesverdig vil han være i forhold til vernet om omsetningen, og desto større grunn vil det være til å bedømme transaksjonen rent objektivt. Tankegangen er at en aksjeeier med stor innflytelse i selskapet presumptivt vil ha god kunnskap om selskapets økonomiske situasjon og således vet eller burde vite om en disposisjon er forretningsmessig eller ikke. I forhold til en aksjeeier med liten eller ingen innflytelse over selskapets drift vil vurderingen være motsatt.<sup>54</sup> I norsk rett gjelder som vi skal se under, et krav til sammenheng mellom

---

<sup>51</sup> Jfr Andersson, Kapitalskyddet i Aktiebolag 2002 s. 33 og Andersson, Om vinstutdelning från aktiebolag 1995 s. 411 flg.

<sup>52</sup> Jfr Andersson, Kapitalskyddet i Aktiebolag 2002 s. 35.

<sup>53</sup> Jfr SOU 1997:168, s. 73.

<sup>54</sup> Jfr Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag 2002 s 35.

aksjeinnehavet og selskapets ytelse. Dette taler for at det i norsk rett ikke i samme grad er nødvendig med en så inngående vurdering som den svenske aktielovskomiteen har gått inn for. Deler av tankegangen som er skissert over kan likevel finnes igjen i norsk rett.

#### 4.3 KRAVET TIL SAMMENHENG MELLOM AKSJEINNEHAV OG SELSKAPETS YTELSE

Det er i rettspraksis og teori oppstilt et krav om at det må foreligge en sammenheng mellom aksjeinnehavet og selskapets ytelse for at det kan være snakk om en ”utdeling” etter aksjeloven. Aksjeloven 1976 § 12-4 tok nemlig utgangspunkt i at en ”utbetaling på aksjer” var utbytte om ikke de særskilt nevnte regelsett var fulgt. Dette kravet antas fortsatt å gjelde selv om loven ikke lenger inneholder et slikt uttrykk.<sup>55</sup>

Det må altså skilles mellom overføringer til aksjeeier i hans egenskap av å være aksjeeier, i hvilket tilfelle utdelingsreglene kommer til anvendelse og overføringer til aksjeeier i hans egenskap av å være medkontrahent, i hvilket tilfelle utdelingsreglene ikke kommer til anvendelse. For nærmere veiledning kan det her vises til Rt 1995 s. 1026. Da rettsstillingen på dette området må ansees videreført, jfr over, har dommen fortsatt relevans etter aksjeloven av 1997. Høyesterett uttaler her at ”i tilfeller hvor det ikke er rimelig balanse mellom det aksjeeier yter og det han mottar, må det stilles strenge krav til sannsynliggjøring av at det ikke er sammenheng mellom aksjebesittelsen og ytelsen. Men dersom manglende sammenheng godtgjøres, må det være avgjørende”.<sup>56</sup> Det fremgår av dommen at motivet for denne strenge vurderingen er hensynet til å unngå omgåelse av utbytteregele. Det er altså hensynet til kreditorene som kommer inn her. I tilfeller hvor det er rimelig balanse mellom ytelsene vil det således være lettere å akseptere at det ikke er sammenheng mellom aksjeinnehavet og selskapets ytelse, slik at utdelingsreglene ikke kommer til anvendelse. I tilfeller hvor det ikke er rimelig sammenheng mellom ytelsene er det likevel etter dommen ikke gitt at transaksjonen skal henføres under utdelingsreglene. Kan det sannsynliggjøres etter en streng vurdering at det ikke er sammenheng mellom aksjeinnehavet og ytelsen faller

---

<sup>55</sup> Jfr drøftelsen på s 21.

<sup>56</sup> Jfr Rt 1995 s 1026, s 1034.

transaksjonen utenfor utdelingsreglene. Det uttales i dommen på s. 1034 at det aktuelle aksjeinnehavet på transaksjonstidspunktet fremsto som en tilfældighet, og videre at ”det er vanskelig å se at denne tilfældighet kan ha hatt noen virkning for de disposisjoner som ble foretatt”. Dette er i samsvar med synspunktene over om at omsetningshensynet gjør seg sterkere gjeldende når aksjeeier har liten eller ingen innflytelse i selskapet. Det kan etter dette legges til grunn at det bak kravet om en sammenheng mellom aksjeinnehavet og ytelsen fra selskapet ligger betraktninger rundt forholdet til vernet av omsetningen. Ved at det skal stilles strenge krav til sannsynliggjøring av at slik sammenheng ikke foreligger når det er ubalanse mellom ytelsene ivaretas likevel vernet av kreditorene på en tilfredsstillende måte.

For at det skal foreligge en utdeling må etter dette i tillegg til en objektiv overføring av verdier foreligge en sammenheng mellom aksjeeiers aksjeinnehav og selskapets ytelse. Verdioverføringen må altså gjøres til aksjeeier i hans egenskap av å være aksjeeier. Hensynet til vern av omsetningen tilsier at disposisjonen ikke bør ansees som en utdeling om dette ikke er tilfellet. Er det ikke rimelig balanse mellom ytelsene må det stilles strenge krav til sannsynliggjøring for at det ikke er sammenheng mellom aksjeinnehavet og selskapets ytelse. I en slik situasjon vil det være fare for omgåelser av utbyttereglene og således tap for kreditor. Dette hensyn nødvendiggjør en streng vurdering her.

#### 4.4 SUBJEKTIVT KRAV

Det subjektive element i definisjonen er ”som direkte eller indirekte kommer aksjeeier tilgode”. Det ligger i ordlyden at overføringen også kan gjøres til andre enn aksjeeieren så lenge den indirekte kommer aksjeeier tilgode, jfr ”direkte eller indirekte”. Eksempel på dette kan være at verdier overføres til et annet selskap som helt eller delvis eies av de samme aksjeeiere.<sup>57</sup> Det kan etter dette slutes at det må være tale om overføring til noen aksjeeier ønsker å begunstige, og ikke overføringer til noen selskapet som sådan ønsker å begunstige. Det kan også stilles spørsmål om analogisk anvendelse av utdelingsbestemmelsen til også å omfatte vederlagsfrie overføringer til utenforstående.

---

<sup>57</sup> Jfr Ot prp nr 19, 1974-74 s 186.

Problemstillingen ligger utenfor hovedproblemstillingen i oppgaven og jeg avgrenser således mot denne.<sup>58</sup>

## 5 UTBYTTEREGLENE

Over har jeg, i forbindelse med drøftelsen av utdelingsbegrepet, behandlet under hvilke forutsetninger lovligheten av en overføring av verdier fra aksjeselskap til aksjeeier skal bedømmes etter utbyttereglene. For det første gjelder dette overføringer som følger aksjelovens formelle regler om utbytte og for det andre gjelder dette andre overføringer av verdier som skal henføres under begrepet ”utdeling”, men som ikke følger de spesielle regelsett nevnt i asl § 3-6(1). Fremstillingen av utbyttereglene i det følgende vil etter dette ha til formål å vurdere hvorvidt en overføring som skal vurderes etter utbyttereglene er lovlig.

Et kjernespørsmål her vil bli hvorvidt aksjelovens utbytteregler må følges strengt i alle henseender i et utdelingstilfelle eller om noen av disse i gitte tilfeller kan fravikes.

Utgangspunktet må tas i lovens ordlyd. Det fremgår av en alminnelig forståelse av ordlyden i asl § 3-6(1) at utdeling kun kan skje etter de nærmere regelsettene som nevnes. Lovens ordlyd trekker således i retning av at lovens regelsett for utdeling av utbytte må følges i sin helhet for at utdelingen skal være lovlig. Alminnelige aksjerettslige prinsipper og formålssynspunkter må likevel også trekkes inn i tolkingen.<sup>59</sup> Særlig aktuelt her er aksjelovens oppbygning av regler til vern av aksjeeier og kreditorvernregler.<sup>60</sup> Betraktninger rundt dette kan ha betydning for tolkingen og anvendelsen av aksjelovens utdelings- og utbytteregler. Det kan etter dette hevdes at det avgjørende spørsmålet for om en utdeling som ikke strengt følger ett av lovens regelsett for utdeling er lovlig, er om det er snakk om tilsidesettelse av en norm oppstilt i

---

<sup>58</sup> Spørsmålet er drøftet inngående i svensk teori, jfr Andersson, *Kapitalskyddet i Aktiebolag* 2002, s. 75 flg, Andersson, *Om vinstutdelning från aktiebolag* 1995, s. 483 flg og Rodhe, *Aktiebolagsratt* 2002, s. 123 flg.

<sup>59</sup> Jfr Andersson, *Om vinstutdelning i aktiebolag* 1995, s. 156.

<sup>60</sup> Jfr s 7-8.



aksjeeiers eller kreditors interesse. En disposisjon som tilsidesetter en norm oppstilt til vern av aksjeeier kan være lovlig om samtlige aksjeeiere er enige. En slik vurdering har således vært fremhevet i svensk litteratur.<sup>61</sup> Hovedregelen i norsk rett må likevel være at en utdeling av utbytte må være i samsvar både med de materielle reglene i asl § 8-1 og de formelle reglene i asl § 8-2. Er disse reglene ikke fulgt blir det spørsmål om tilbakesøking og ansvar etter asl § 3-7.<sup>62</sup> Dette vil også være utgangspunktet i den videre drøftelsen av utbyttereglerne. Jeg vil likevel undersøke noen særlige spørsmål som reiser seg rundt denne problemstillingen.

Aksjelovens regler om utbytte er, som nevnt over, delt opp i materielle og formelle regler. De materielle reglene for utdeling av utbytte fremkommer av asl § 8-1. Disse regulerer hvor mye som kan utdeles som utbytte og når og på hvilket grunnlag utbytte kan utdeles. Lovens formelle regler fremkommer av asl § 8-2. Disse gjelder den formelle prosedyre, i særdeleshet spørsmålet om hvem som har kompetanse til å beslutte utdeling av utbytte.

## 5.1 MATERIELLE REGLER

De materielle regler for utdeling av utbytte er oppstilt i asl § 8-1. Disse kan deles opp i to hoveddeler. Den viktigste begrensningen er vernet av selskapets bundne egenkapital. Dette er uttrykt på den måten at bare selskapets frie egenkapital lovlig kan anvendes til utdeling til aksjeeierne, jfr asl § 8-1(3). Den andre begrensningen ligger i den såkalte forsiktighetsregelen i asl § 8-1(4). Denne går ut på at selv om selskapet har fri egenkapital kan det likevel ikke utdele mer av denne enn det som er forenlig med forsiktig og god forretningsskikk.

### 5.1.1 Vern av den bundne egenkapital

Utgangspunktet for beregning av selskapets frie egenkapital er ”årsresultat etter det godkjente resultatregnskapet for siste regnskapsår og annen egenkapital”, jfr asl § 8-1(1). Lovens ordlyd innebærer med dette for det første at utbytte for et regnskapsår ikke

---

<sup>61</sup> Jfr Andersson, Om vinstutdelning i aktiebolag 1995, s 159, Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag 2002 s. 28.

<sup>62</sup> Jfr Aarbakke s. 486.

kan besluttes utdelt før dette regnskapsårets utgang. Det kan således ikke utdeles utbytte for det aktuelle regnskapsåret under dette årets gang. Dette er ulovlig av hensyn til kreditorvernet. For det andre kreves det at et årsregnskap er satt opp og godkjent av ordinær generalforsamling, jfr asl § 5-5(2) nr 2. Årsregnskapet må være satt opp etter regnskapslovens regler, jfr rskl § 3-1. Årsresultatet fremkommer av rskl § 6-1(1) nr 28 og annen egenkapital fremkommer av rskl § 6-2 C II nr 2. Med andre ord er utgangspunktet for beregningen av selskapets frie egenkapital årsoverskuddet fra balansen fra siste regnskapsår samt udisponert overskudd fra tidligere år.<sup>63</sup> Fra dette grunnlaget skal det etter asl § 8-1(1) nr 1 til 4 gjøres visse fradrag. Etter nr. 1 skal det gjøres fradrag for udekket underskudd. Etter nr. 2 skal det gjøres fradrag for balanseført forskning og utvikling, goodwill og utsatt skattefordel. Dette er poster som er vanskelige å kvantifisere og verifisere og som ofte ikke vil ha noen likvidasjonsverdi.<sup>64</sup> Av hensyn til kreditorene gikk departementet derfor inn for at disse ikke burde kunne danne grunnlag for utdeling av utbytte.<sup>65</sup> Etter nr. 3 skal det så gjøres fradrag for samlet pålydende verdi av selskapets beholdning av egne aksjer samt samlet verdi av kreditt og sikkerhetsstillelse etter asl § 8-7 til 8-9. Det må her trekkes linjer til de andre disposisjoner som etter aksjeloven må foretas innen den frie egenkapital. Dette gjelder blandt annet utbytte etter asl § 8-1(1) og gaver etter § 8-6(3). Lovens system er at dersom den frie egenkapital benyttes til en av disposisjonene, reduserer dette adgangen tilsvarende i forhold til adgangen til å foreta noen av disposisjonene på et senere tidspunkt.<sup>66</sup> Med hensyn til utbytte fungerer regnskapssystemet slik at utdelt utbytte ett år reduserer posten annen egenkapital, og dermed utbyttegrunnlaget, neste år. Slike disposisjoner sees således automatisk i sammenheng i regnskapssystemet. Dette skjer ikke ved erverv av egne aksjer og kreditt og sikkerhetsstillelse. Poenget med regelen i asl § 8-1(1) nr 3 er på denne måten å innføre det samme systemet også for disse disposisjonene. Bestemmelsen må også forstås slik at den frie egenkapital begrenser adgangen til å foreta de forskjellige disposisjoner innen ett og samme regnskapsår, den frie egenkapital kan således også i denne sammenheng kun benyttes en gang. Dette følger ikke direkte av lovens ordlyd, men må antas å følge av lovens system og de

---

<sup>63</sup> Jfr Innstilling om lov om aksjeselskaper 1970, s 167.

<sup>64</sup> Jfr Ot prp nr 42 1997-98 s 126-127, NOU 1996:3 s 41.

<sup>65</sup> Jfr Ot prp nr 23 1996-97, s 154 og Ot prp nr 42 1997-98, s 126 og 127.

<sup>66</sup> Jfr Ot prp nr 65 1998-99, s. 32.

hensyn som begrunner reglene.<sup>67</sup> Til grunn for regelen ligger det forhold at alle de nevnte disposisjoner vederlagsfritt reduserer selskapets formue.<sup>68</sup> Hensynet til selskapskreditor tilsier da at disposisjonene kun kan skje innenfor rammen av den frie egenkapital. Kreditorvernet ville blitt illusorisk om selskapet kunne ”brukt” den frie egenkapital til disse typer disposisjon flere ganger. Hensynet til selskapskreditor gjør således at disse disposisjonene må sees i sammenheng. Etter asl § 8-1(1) nr 4 skal det videre gjøres fradrag for den del av årsoverskuddet som etter lov eller vedtekter skal avsettes til bundne fonds. Denne mistet mye av sin betydning da reservefondsreglene ble opphevet i 1997.<sup>69</sup>

I tillegg til dette inneholder aksjeloven i § 8-1(2) en regel om at selskapet kun kan utdele utbytte dersom egenkapitalen etter balansen er større enn 10% av balansesummen. Denne regelen ble innført i 1997 og er således ny i aksjelovgivningen. Ifølge forarbeidene ble regelen, sammen med regelen i asl § 3-4 om krav til forsvarlig egenkapital, innført som en erstatning for reservefondsreglene.<sup>70</sup> Reservefondsreglene innebar en form for tvungen konsolidering i selskapet hvor det måtte avsettes et visst beløp hver år inntil reservefondet nådde en bestemt størrelse.<sup>71</sup> Reservefondet inngikk som del av den bundne egenkapital. Departementet fant i forarbeidene til aksjeloven av 1997 at systemet med reservefond inneholdt flere svakheter og at hensynet til kapitalmobiliteten i næringslivet tilsa at dette ble opphevet. Det ble isteden oppstilt en skjønnsmessig bestemmelse om at selskaper skulle ha en forsvarlig egenkapital, jfr asl § 3-4. Departementet fant likevel at en slik bestemmelse i seg selv ikke ga selskapets kreditorer et tilstrekkelig vern. Det ble etter dette innført et konkret minstekrav til selskapets egenkapital i tillegg til det generelle kravet om forsvarlig egenkapital.<sup>72</sup> Det fremgår likevel av loven at grensen ikke er absolutt, det kan således utdeles utbytte selv om selskapets egenkapital er mindre enn 10% av balansesummen hvis fremgangsmåten i asl § 12-4 og 12-6 følges. Dette forutsetter selvfølgelig at også reglene i asl § 8-1(1) og (4) følges.

---

<sup>67</sup> Jfr Ot prp nr 65 1998-99, s 33.

<sup>68</sup> Jfr NOU 1996:3, s 48.

<sup>69</sup> Jfr Ot prp nr 23 1996-97, s 40-44.

<sup>70</sup> Jfr Ot prp nr 23 1996-97, s 43-44.

<sup>71</sup> Jfr Ot prp nr 23 1996-97, s 40.

<sup>72</sup> Jfr Ot prp nr 23 1996-97, s 43.

Det oppstår et spesielt spørsmål om selskapet overfører verdier til aksjeeierne i form av andre formuesgoder enn penger.<sup>73</sup> Det kan da oppstå tvil om hvordan disse skal verdsettes. Problemet her er at eiendeler vil være oppført i selskapets regnskap til bokført (regnskapsmessig) verdi. Denne vil på grunn av de regnskapsmessige verdivurderingsregler som regel være lavere enn eiendelens virkelige verdi. Spørsmålet om hvilken verdi som skal legges til grunn kommer opp både i forhold til spørsmålet om overføringen er en utdeling, jfr asl § 3-6(2) 1 pkt og i forhold til lovens kvantitative begrensning for utdeling av utbytte, jfr asl 8-1(3).

Aksjeloven har en regel i § 3-6(2) 2 pkt som, i sammenheng med utdelingsdefinisjonen i 1 pkt, uttaler at ”verdien skal beregnes etter virkelig verdi på dagen for overføringen”. Det bemerkes til denne i forarbeidene at utdeling ikke nødvendigvis må skje med kontanter og at det i slike tilfeller er den virkelige verdien som er avgjørende og ikke den bokførte.<sup>74</sup> Denne bemerkning og regelens plassering i loven tyder på at den kun er ment å si noe om utdelingsspørsmålet.<sup>75</sup>

Det kan etter dette stilles spørsmål om hva som gjelder i forhold til begrensningen for utdeling av utbytte etter asl § 8-1(3). Loven har ingen bestemmelse som retter seg direkte mot dette tilfellet. Det følger likevel av forarbeidene til aksjeloven av 1976 § 12-4 at ”ved anvendelse av bestemmelse i loven som knytter seg til utbyttets størrelse må man ved overføring av realverdier legge eiendelenes virkelige verdi til grunn”.<sup>76</sup> I forhold til regnskapsføring av utdeling ved tingsuttak med merverdi uttaler departementet i forarbeidene til regnskapsloven av 1998 videre at:

”Departementet er enig i det syn at eventuell merverdi på eiendel som skal tas ut av selskapet ved tingsuttak skal resultatføres i selskapet. Dette reflekterer at merverdien er opptjent i selskapet”.<sup>77</sup>

---

<sup>73</sup> Jfr s 23.

<sup>74</sup> Jfr NOU 1996:3 s 102.

<sup>75</sup> I denne retning også Andenæs s 334-335.

<sup>76</sup> Jfr Ot prp nr 19, 1974-75 s 186.

<sup>77</sup> Jfr Ot prp nr 42, 1997-98 s 176.

Det må etter dette legges til grunn at det er eiendelens virkelige verdi som skal legges til grunn for vurderingen av forholdet til den frie egenkapital i asl § 8-1(3). Eventuell differanse mellom bokført og virkelig verdi skal inntektsføres eller kostnadsføres i selskapets regnskap. Det kan her bemerkes at temaet ble grundig diskutert i svensk litteratur på 90-tallet.<sup>78</sup> Diskusjonen kuliminerte i en dom i NJA 1995 s 742 hvor resultatet var at den bokførte verdi skulle anvendes i forhold til anvendelsen av utbyttebegrensningen i 12:2 1 st ABL. Svensk rett adskiller seg altså her klart fra norsk rett.

### 5.1.2 Forsiktighetsregelen

Som nevnt fremkommer den såkalte forsiktighetsregelen i asl § 8-1(4). Denne går ut på at selskapet ikke i noe tilfelle kan beslattes utdelt mer enn hva som er forenlig med forsiktig og god forretningsskikk. Dette gjelder selv om selskapet har fri egenkapital, jfr lovens ordlyd ”ikke i noe tilfelle”. Det skal under dette tas særlig hensyn til tap som måtte være inntruffet mellom balansedagen og dagen for utbyttebeslutningen, og for tap som forventes å ville inntreffe. Det springende punkt i lovteksten er uttrykket ”forsiktig og god forretningsskikk”. Aarbakke fremhever at dette i første rekke henviser til selskapets konsoliderings- og likviditetsbehov.<sup>79</sup> Da aksjeloven gjelder for et svært vidt spekter forskjellige virksomheter må det nærmere innhold i regelen fastsettes konkret. Ut fra regelens plassering i aksjeloven og lovens system forøvrig må en slutte at regelens hovedformål er kreditorvern. I forarbeidene til ny svensk aksjelov er den grunnleggende ide bak den tilsvarende svenske regel beskrevet å være at aksjeselskaper ikke skal kunne gjennomføre verdioverføringer til aksjeeier med større beløp enn at dets økonomiske situasjon etter overføringen er betryggende for fordringseierne.<sup>80</sup> Denne beskrivelsen må være relevant også i norsk rett. I og med regelens generelle utforming vil det avgjørende i siste instans bli en aktsomhetsvurdering hvor vurderingstemaet er selskapets økonomiske stilling og forholdet til selskapets kreditorer. Den tilsvarende svenske regel i 12:2 2 st ABL har blitt kritisert i svensk teori. Det fremheves her at hva

---

<sup>78</sup> Jfr Andersson Om vinstutdelning i aktiebolag 1995, s 317-370, Nerep Aktiebolagsrättsliga studier 1994, s 178-272, Sacklen, SvJT 1994 s 136 flg.

<sup>79</sup> Jfr Aarbakke s 485.

<sup>80</sup> Jfr SOU 1997:168 s 77.

som er ”god forretningsskikk” i forhold til aksjeselskapers soliditet og likviditet vil være svært vanskelig å konstatere og at det således vil være svært vanskelig å se om forsiktighetsregelen overtres.<sup>81</sup> Dette er også diskutert i forarbeidene til ny svensk aksjelov hvor det slås fast at det i Sverige ikke har blitt utviklet noen forretningsskikk i de 20 år regelen har eksistert.<sup>82</sup> Uttrykket er derfor foreslått tatt ut av loven og regelen foreslås strammet opp slik at verdioverføringer fra selskapet kun kan skje om det er forsvarlig utfra selskapets konsolideringsbehov, likviditet og stilling forøvrig. Det foreslås videre at loven spesifikt skal uttrykke at vurderingen skal skje på bakgrunn av en allsidig bedømmelse av selskapets økonomiske stilling hvor det særlig skal tas hensyn til virksomhetens art, omfang og risiko.<sup>83</sup>

Kritikken som har kommet frem i svensk litteratur må nok sies å være relevant også i forhold til den norske regelen. Regelen er likevel ikke særskilt kommentert i forarbeidene til aksjeloven av 1997. Dette må sees i sammenheng med regelen om krav til forsvarlig egenkapital som ble innført i denne loven, jfr asl § 3-4. Det oppstilles her et generelt og skjønnsmessig krav til aksjeselskapets egenkapital. Regelen vil også fungere som en skranke for adgangen til å foreta utdelinger fra aksjeselskapet. Dette ligger i regelens natur som en rettslig standard som gir selskapets ledelse en plikt til å foreta fortløpende vurderinger av selskapets økonomiske stilling.<sup>84</sup> Standarden tar hensyn til mange av de samme faktorer som det svenske forslaget. Det skal foretas en samlet vurdering av selskapets kapitalgrunnlag og økonomiske stilling.<sup>85</sup> Det er verdien av selskapets reelle eiendeler og forpliktelser som skal ligge til grunn.<sup>86</sup> Virksomhetens risikoprofil skal særskilt hensyntas i vurderingen.<sup>87</sup> Også omfanget av selskapets virksomhet vil være interessant, i forarbeidene nevnes særskilt tilfelle hvor virksomheten utvides. I slike tilfelle må forholdet mellom egen- og fremmedkapital i selskapet vurderes.<sup>88</sup> Det kan etter dette diskuteres om forsiktighetsregelen i asl § 8-1(4)

---

<sup>81</sup> Jfr Rodhe, Aktiebolagsrett 2002, s 86.

<sup>82</sup> Jfr SOU 1997:168 s 77.

<sup>83</sup> Jfr SOU 1997:168 s 13.

<sup>84</sup> Jfr Ot prp nr 23, 1996-97 s 51.

<sup>85</sup> Jfr NOU 1996:3 s 102.

<sup>86</sup> Jfr Ot prp nr 23, 1996-97 s 52.

<sup>87</sup> Jfr NOU 1996:3 s 102 og s 146.

<sup>88</sup> Jfr NOU 1996:3 s 102 og s 146.

har noe selvstendig anvendelsesområdet ved siden av det generelle kravet til forsvarlig egenkapital i asl § 3-4. Jeg går ikke noe nærmere inn på spørsmålet her. Virkeområdet til begge bestemmelser må etter diskusjonen over fastsettes konkret i det enkelte tilfellet og en generell diskusjon om forholdet mellom reglene vil således ha begrenset praktisk verdi.

## 5.2 FORMELLE REGLER

De formelle regler for utdeling av utbytte er oppstilt i asl § 8-2. Bestemmelsen omhandler hvem som har kompetanse til å beslutte utdeling av utbytte fra selskapet og nærmere formelle vilkår for dette.

Kompetanse til å beslutte utdeling av utbytte er etter asl § 8-2 1 pkt tillagt generalforsamlingen. En må legge til grunn at generalforsamlingens kompetanse etter denne ikke kan delegeres. Dette kan slutes ut fra aksjelovens system hvorefter aksjeeierne etter asl § 5-1(1) utøver den øverste myndighet i selskapet gjennom generalforsamlingen. På de steder i aksjeloven hvor det i tillegg til denne spesielt er fremhevet at generalforsamlingen har kompetanse, må loven forstås slik at kompetansen er forbeholdt generalforsamlingen. Lovens utgangspunkt er at utdeling av utbytte skal behandles på ordinær generalforsamling sammen med godkjenningen av årsregnskapet, jfr asl § 5-5(2) nr 1.

Generalforsamlingens beslutning om utdeling av utbytte må etter asl § 8-2 1 pkt gjøres på bakgrunn av styrets forslag. Det kan ikke under noen omstendighet utdeles mer enn det styret har foreslått eller godtar, jfr asl § 8-2 2 pkt. Aksjelovens utgangspunkt med hensyn til styrets kompetanse er at denne er underlagt generalforsamlingen, selv om styret er gitt spesiell kompetanse i loven som i dette tilfellet, jfr asl 5-1(1).

Bestemmelsen i asl § 8-2 er imidlertid et unntak fra denne hovedregelen. Styrets forslag eller godkjenning er således absolutt bindende for generalforsamlingens kompetanse til å beslutte utdeling av utbytte.<sup>89</sup> Dette må sees i sammenheng med at styret i denne forbindelse har et særlig ansvar for å hindre at selskapet tømmes for verdier. Forarbeidene begrunner regelen i at det er styret som har ansvaret for forvaltning av

---

<sup>89</sup> Jfr NOU 1996:3, s 155.

selskapet.<sup>90</sup> Styret skal her ta i betraktning alle interesser som knytter seg til selskapet, ikke bare aksjeeierinteressene. Det er etter dette i særdeleshet kreditorinteressene styret må ta hensyn til i sitt forslag til utdeling av utbytte.<sup>91</sup> At styret har dette ansvar hindrer også den ansvarspulverisering som det kan være fare for om generalforsamlingen skulle ta alle beslutningene om utdeling av utbytte.

### 5.3 NOEN SÆRSPØRSMÅL VEDRØRENDE UTBYTTEREGLENE

Jeg har over gitt en fremstilling av aksjelovens materielle og formelle regler for utdeling av utbytte. Som nevnt før i oppgaven er overføringer som følger de formelle reglene relativt enkle å identifisere som utdelinger av utbytte. Hovedspørsmålet som må stilles i forhold til disse er om de er lovlige etter de materielle reglene i asl § 8-1, jfr over.

Når det gjelder overføringer som skal henføres under begrepet utdeling etter asl § 3-6(2), men som ikke strengt følger utbyttereglene som er skissert over, blir spørsmålet om disse uten unntak må regnes som ulovlige etter aksjeloven. Utgangspunkt må her tas i drøftelsen på s 29-30. Jeg går her ut fra at det klare utgangspunkt er at lovens regler om utbytte må følges strengt for at utdelingen skal være lovlig. Dette er likevel kun en hovedregel og det er flere spørsmål som volder tvil i praksis og teori.

Det må være helt klart at de materielle reglene i asl § 8-1 om vern av den bundne egenkapital er preseptoriske regler. Dette gjelder for det første reglene om at det til grunn for utbyttebeslutningen må ligge et korrekt oppsatt årsregnskap fra det avsluttede regnskapsår det skal utdeles utbytte for. Dette må også være godkjent av generalforsamlingen etter asl § 5-5(2) nr 1. For det andre gjelder det reglene som angir den frie egenkapital. Disse er oppstilt til vern av selskapets tredjemenn og utdeling i strid med disse fører til tilbakeføringsplikt og ansvar etter asl § 3-7.

Også den formelle regel i asl § 8-2 om at kompetansen til å gjøre beslutning om utbytte er forbeholdt aksjeeierne gjennom generalforsamlingen må ansees som en preseptorisk regel, jfr over. Det samme gjelder regelen om at det er styret som gir rammen for hva

---

<sup>90</sup> Jfr NOU 1996:3, s 155.

<sup>91</sup> Jfr NOU 1996:3, s 38, Andersson, Om vinstutdelning i aktiebolag 1995, s 164-165.



generalforsamlingen kan beslutte som utbytte. Også overtredelse av disse regler fører således til tilbakeføringsplikt og ansvar etter asl § 3-7.

Det kan etter dette stilles spørsmål ved om det er den ordinære generalforsamling som sådan som må treffe beslutningen om utdeling av utbytte eller om dette også kan gjøres av ekstraordinær generalforsamling eller av samtlige aksjeeiere utenfor generalforsamling. Det antas i norsk rett at iallefall også ekstraordinær generalforsamling er kompetent til å beslutte utdeling av tilleggsutbytte.<sup>92</sup> Det kan også på bestemte vilkår foretas generelle beslutninger av generalforsamling uten møte etter asl § 5-7. Dette må antas å gjelde også beslutninger om utdeling av utbytte. En klar forutsetning er at ingen av aksjeeierne har noe å innvende mot en slik behandlingsmåte. I svensk teori er det til sammenligning antatt at aksjeeierne i fellesskap kan være kompetente til å beslutte utdeling av utbytte, sålenge de preseptoriske reglene som nevnt over er fulgt.<sup>93</sup> Til støtte for en slik fortolkning er det anført at det kun gripes inn i regler oppstilt til vern av aksjeeiere, og at disse kan fravikes ved enighet mellom alle aksjeeierne. Jeg går ikke nærmere inn på spørsmålet her, men kan konstatere at det ikke er så stor forskjell mellom norsk og svensk rett på dette punkt.

Det er etter dette klart at det kan besluttet utdeling av utbytte også på ekstraordinær generalforsamling. En kan da stille spørsmål om hvor lenge et godkjent årsregnskap kan være grunnlag for utdeling. Spørsmålet blir særlig aktuelt i perioden fra balansedagen til dagen det godkjente årsregnskap for siste regnskapsår foreligger. Kan det i denne perioden besluttet utdelt utbytte på bakgrunn av det sist foreliggende årsregnskap?

Det må her tas utgangspunkt i ordlyden i asl § 8-1(1) 1 pkt. Denne taler om at det bare kan utdeles utbytte etter det godkjente resultatregnskap for "siste regnskapsår". Dette tyder på at utdelingsadgangen bortfaller ved utgangen av det påfølgende regnskapsår, altså ved utgangen av året etter regnskapsåret det skal utdeles utbytte for. Etter dette tidspunkt vil ikke det godkjente årsregnskap lenger gjelde for "siste regnskapsår". Dette tilsier at det i perioden mellom balansedatoen og dagen for godkjennelse av siste

---

<sup>92</sup> Jfr Lovavdelingen 09.12.1993 jnr 2992/93-E.

<sup>93</sup> Jfr Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag 2002, s 69 og Andersson, Om vinstutdelning i aktiebolag 1995, s 592-593.

årsregnskap ikke kan besluttes utdeling av tilleggsutbytte. Denne tolkning støttes også av nylige uttalelser av lovavdelingen<sup>94</sup> og den fremheves av Aarbakke i teorien.<sup>95</sup> Tolkningen har dog blitt kritisert.<sup>96</sup> Jeg kommer ikke nærmere inn på diskusjonen her.<sup>97</sup>

## 6 GAVER

Lovens regel om gaver fra aksjeselskapet fremkommer i asl § 8-6. Bestemmelsen angir formelle og materielle vilkår for selskapets kompetanse til å gi gaver. I en praktisk tilnærming er det første spørsmål som må stilles hvilken type transaksjon som foreligger.<sup>98</sup> Det grunnleggende skillet går her mellom forretningsmessige transaksjoner på den ene siden og utdeling, gaver og kreditt/sikkerhetsstillelse på den andre side. Skillet har avgjørende betydning for den videre vurdering av hvorvidt disposisjonen er lovlig. Forretningsmessige transaksjoner skal kun lovlighetsvurderes etter aksjelovens regler til vern av aksjeeier, mens disposisjoner som skal henføres under utdeling, gave eller kredittreglene i tillegg må lovlighetsvurderes etter aksjelovens regler til vern av selskapets tredjemenn. Jeg viser videre til min drøftelse på side 20. Gavebegrepet må etter dette avgrenses mot utdelinger og kreditt til aksjeeier. Denne avgrensningen har ikke så stor praktisk betydning da disse disposisjonene uansett må lovlighetsprøves både etter normene til vern av aksjeeier og selskapskreditor.

Lovens ordlyd gir ikke noen klar definisjon av gavebegrepet. Den gir likevel noe veiledning med hensyn til hvilke disposisjoner som skal ansees som gaver. Av asl § 8-6(1) fremgår det at generalforsamlingen kan beslutte å gi leilighetsgaver og gaver til allmenntilgode formål hvis disse ansees rimelige etter en helhetsvurdering. En alminnelig forståelse av ordlyden må være avgjørende for hva som i utgangspunktet kan regnes som "leilighetsgaver og gaver til allmenntilgode formål". Når det gjelder

---

<sup>94</sup> Jfr Lovavdelingen 20.12.2001 snr 01/10900 EP, dok 2 og 08.04.2002 snr 01/10900 EP, dok 4.

<sup>95</sup> Jfr Aarbakke s 482-483.

<sup>96</sup> Jfr Matre, NTS 2002:2, s 161 flg.

<sup>97</sup> Mer om denne diskusjonen i Matre, NTS 2002:2, s 161 flg.

<sup>98</sup> Jfr s 20.

helhetsvurderingen, skal denne omfatte gavens formål, selskapets stilling og omstendighetene forøvrig. Disposisjoner som skal henføres under disse kriteriene må således regnes som gaver i lovens forstand.

Det kan etter asl § 8-6(1) ikke skilles klart mellom vurderingen av disposisjonens beskaffenhet og selve lovlighetsvurderingen av denne. Det nevnes i denne forbindelse i forarbeidene at det kan være tvilsomt om ytelser til sosiale tiltak for selskapets ansatte og til forskningsinstitusjoner, hvis arbeid kan komme selskapet tilgode, skal regnes som gaver eller som forretningsmessige disposisjoner. Det bemerkes videre at en nærmere grensegang til forretningsmessige transaksjoner her neppe er nødvendig da gavens nytte for selskapet uansett vil være en viktig faktor i lovlighetsvurderingen av gaven.<sup>99</sup> Eksempelvis kan forholdet være det at selv om en slik transaksjon kanskje ville blitt klassifisert som en gave vil det moment at den også kommer selskapet tilgode tale for at den er en lovlig gave. Vurderingen må videre gjøres skjønnsmessig i det enkelte tilfellet.<sup>100</sup>

Det fremgår videre av asl § 8-6(3) at selskapet på visse vilkår også kan gi andre gaver. I forarbeidene gis det i denne forbindelse en forklaring på hva som skal ansees som en gave: "Med gave siktes det vanligvis til enhver overføring av penger eller andre verdier uten motytelse, eller mot et vederlag som klart ligger under den virkelige verdi".<sup>101</sup> Grunnvilkåret er således at selskapets ytelse må være helt eller delvis vederlagsfri. Dette vilkåret kan sammenlignes med det objektive elementet i utdelingsdefinisjonen i asl § 3-6(2). Avgrensningen mot forretningsmessige transaksjoner må etter dette i utgangspunktet ansees å være sammenlignbar med den avgrensningen som må gjøres i forhold til utdelingsbegrepet.<sup>102</sup> For grensetilfellene uttalte Høyesterett seg likevel prinsipielt i Rt 95 s 1026. Det var her snakk om en disposisjon som innebar en betydelig økonomisk fordel for mottaker. Disposisjonen inngikk videre som element i en ellers gjensidig bebyrdende avtale. Høyesterett fant at dette talte mot å anse disposisjonen som en gave. Det bemerkes videre at:

---

<sup>99</sup> Jfr Innstilling om lov om aksjeselskaper 1970, s 174.

<sup>100</sup> Jfr Innstilling om lov om aksjeselskaper 1970, s 174.

<sup>101</sup> Jfr Ot prp nr 61 1980/81, s 8.

<sup>102</sup> Jfr s 23-26.

”Det kan også være grunn til ikke å gi gavebestemmelsen et for vidt virkeområde. Grensetilfellene bør bedømmes etter misbruksreglene i aksjeloven § 8-14 og § 9-16”.<sup>103</sup>

Det tilføyes likevel at Høyesterett ikke finner grunn til å ta noe definitivt standpunkt til om gaveregelen kan benyttes. Tilfellet i saken var det at både aksjelovens regler til vern av kreditor og aksjelovens regler til vern av aksjeeier kunne komme til anvendelse og at rettsvirkningene ville bli de samme. Det var således ikke nødvendig for Høyesterett å ta klart standpunkt til om disposisjonen skulle klassifiseres som en gave eller som en forretningsmessig transaksjon. Dette begrenser dommens rettskildeverdi med hensyn til denne prinsipielle grensegang. Forholdet tilsier videre på et generelt plan at den praktiske viktighet av å foreta grensegangen til forretningsmessige transaksjoner er begrenset i tilfeller hvor både reglene til vern av kreditor og reglene til vern av aksjeeier i prinsippet er anvendelige og hvor rettsvirkningene av disse vil være like. I tilfeller hvor reglene til vern av aksjeeier ikke slår inn, eksempelvis hvis alle aksjeeiere er enige, vil avgrensningsspørsmålet motsetningsvis komme på spissen. For disse situasjoner vil dommens vekt som rettskildefaktor være begrenset.

Gavebegrepet må videre avgrenses mot utdelingsbegrepet. Lovens ordlyd sier ikke noe om denne avgrensningen. Lovens system tilsier likevel at hovedforskjellen mellom begrepene er at gavebegrepet i utgangspunktet omfatter overføringer til ikke-aksjeeier.<sup>104</sup> Etter dette må utgangspunktet være at gavebegrepet generelt sett har det samme virkeområdet som utdelingsbegrepet. Forskjellen er at overføringen av verdier etter gavebegrepet ikke direkte eller indirekte kommer aksjeeier tilgode. Dette kan likevel ikke være mer enn utgangspunktet. Aksjeeier kan nok på prinsipielt grunnlag også motta gave uten hinder av utbyttreglene. Dette kan være tilfellet hvor det ikke foreligger slik sammenheng mellom aksjeinnehavet og selskapets ytelse at det foreligger utbetaling på aksjer.<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> Jfr Rt 95 s 1026, s 1034.

<sup>104</sup> Jfr s 28 og Andenæs s 345, Aarbakke s 496.

<sup>105</sup> Jfr Rt 1995 s 1026 og Aarbakke s 496.

Hvis disposisjonen etter dette må ansees som en gave, må lovligheten av denne vurderes etter asl § 8-6. Denne gir i hovedsak uttrykk for to typer normer. For det første regler oppstilt for vern av selskapskreditor og for det andre regler oppstilt til vern av aksjeeier. Hovedregelen fremkommer som nevnt i asl § 8-6(3). Gaver kan etter denne bare gis med tilslutning av samtlige aksjeeiere. Dette er en regel oppstilt til vern av aksjeeierne og må sees på som et utslag av den alminnelige misbruksregel i asl § 5-21.<sup>106</sup> Det fremgår videre at gaven i tillegg beløpsmessig må ligge innenfor rammen av midler som kan benyttes til utdeling av utbytte. Denne rammen fremgår av asl § 8-1. Gaven kan etter denne ikke overstige den frie egenkapital hensyntatt forsiktighetsregelen. Dette er paragrafens kreditorvernregel. Selskapets bundne egenkapital er på denne måte en begrensning for gavedisposisjoner på samme måte som for utdeling av utbytte. Jeg viser videre til min drøftelse av dette spørsmålet.<sup>107</sup>

Det kan etter dette stilles spørsmål om generalforsamlingens kompetanse til å gi gaver etter asl § 8-6(1) er materielt begrenset på samme måte som etter (3). Det fremgår av ordlyden i (1) at gaven må anses rimelig ut fra gavens formål, selskapets stilling og omstendighetene forøvrig. Selskapets stilling må her bety selskapets økonomiske stilling. Gavens størrelse i forhold til selskapets egenkapital vil her være det springende punkt. Hensyn til kreditor taler meget sterkt for at selskapet ikke kan gi gaver som tilsvarer dets bundne egenkapital. På den annen side vil også gavens formål spille inn i vurderingen. Jo mindre gavepreg disposisjonen har desto lettere vil det være å godta disposisjonen beløpsmessig etter asl § 8-6(1). Disse momenter må sees i sammenheng i en konkret helhetsvurdering. Det kan etter dette konkluderes med at den materielle begrensning etter asl § 8-6(1) ikke nødvendigvis er den samme som gjelder etter asl § 8-6(3). Hensynet til kreditorene vil dog være et sterkt moment under vurderingen etter asl § 8-6(1). Dette hensynet tilsier således at den materielle begrensning i de fleste situasjoner vil være lik i begge henseender.<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> Mer om denne: Andenæs s 237.

<sup>107</sup> Jfr s 30-33.

<sup>108</sup> Jfr Andenæs s 348.

## 7 KREDITT OG SIKKERHETSSTILLELSE

Selskapets kompetanse til å gi kreditt til eller stille sikkerhet til fordel for aksjeeier er begrenset i asl § 8-7. Dette til tross for at det her er snakk om disposisjoner som i utgangspunktet ikke kan likestilles med utdeling av utbytte eller gaver. Til forskjell fra disse disposisjoner må kreditt definatorisk ansees å innebære en forutsetning om at det lånte beløp skal tilbakebetales. I tilfelle av at selskapet må oppfylle en sikkerhetsstillelse, vil denne omformes til fordring på aksjeeier. Den samme forutsetning må da ligge til grunn for denne. Det kan likevel oppstilles mange sterke argumenter for at aksjeselskapers adgang til å gi kreditt til eller stille sikkerhet til fordel for aksjeeier bør begrenses. For det første vil dette representere en ressursanvendelse som ikke fremmer selskapets virksomhet.<sup>109</sup> For det andre vil slike lån sjelden være gjenstand for noen forsvarlig kritisk vurdering.<sup>110</sup> Bak disse betraktningene ligger hensynet til selskapets andre aksjeeiere og selskapets kreditorer. Det er således disse som motiverer begrensningene i asl § 8-7.

Etter lovens ordlyd rammer de materielle begrensningene ”kreditt til eller sikkerhet til fordel for en aksjeeier”. Utgangspunktet for tolkningen vil være den alminnelige språklige forståelsen av disse begrepene. Alternativet ”kreditt til fordel for aksjeeier” må etter dette i utgangspunktet omfatte pengelån og pengekreditter. Dette fremkommer også motsetningsvis av forarbeidene, hvor det som eksempel på omgåelser av reglene nevnes at selskapet erverver boliger som det så låner ut til aksjeeier. Utlån av ting faller således utenfor bestemmelsen.<sup>111</sup> Det må etter dette antas at lovens begrep kreditt til fordel for aksjeeier betyr pengelån og pengekreditter. Alternativet sikkerhetsstillelse må utfra ordlyden i hovedsak bety garanti og annen personlig sikkerhetsstillelse og pant og annen realsikkerhetsstillelse. Begrepene må videre avgrenses mot utbyttebegrepet. Dette er i utgangspunktet ikke noe problem da kreditt som nevnt definatorisk skal tilbakebetales. Dersom en etter en tolkning kommer til at kreditten reelt ikke skal tilbakebetales eller at sikkerhetsstillelsen reelt skal føre til utbetaling kommer likevel utbytteregulene til anvendelse.

---

<sup>109</sup> Jfr Ot prp nr 19 1974-75 s 191.

<sup>110</sup> Jfr Ot prp nr 19 1974-75 s 191/192.

<sup>111</sup> Jfr Ot prp nr 19 1974-75 s 192.

De materielle begrensninger rammer videre ”aksjeeier eller noen av aksjeeierens nærstående”. Dette må forstås i forbindelse med asl § 1-5(1).

De materielle begrensninger går for det første ut på at det kun kan gis kreditt eller stilles sikkerhet innen rammen av de midler som kan benyttes til utdeling av utbytte.

Situasjonen blir her i utgangspunktet den samme som for gaver.<sup>112</sup> Det er likevel viktig å legge merke til at asl § 8-1(1) nr 3 kommer til anvendelse i forhold til kreditt og sikkerhetsstillelse. Jeg viser i den forbindelse til drøftelsen over.<sup>113</sup> Selskapets bundne egenkapital virker således som en begrensning også på selskapets kompetanse til å gi kreditt eller å stille sikkerhet til fordel for aksjeeier. Poenget her er at hvis selskapet kunne gi kreditt eller stille som sikkerhet eiendeler som tilsvarer den bundne egenkapital, ville selskapets kredittgrunnlag bli avhengig av aksjeeiers betalingsevne. Dette ville stride mot hele aksjelovens system av regler for vern av selskapets kreditorer. Det følger videre av loven at det i tillegg må stilles betryggende sikkerhet for selskapets krav på tilbakebetaling. Begrepet ”sikkerhet” må her bety det samme som beskrevet over i forhold til selskapets ytelse. Da loven bruker uttrykket ”stilles” må det være klart at slik sikkerhet faktisk må være stilt for at kreditten/sikkerhetsstillelsen skal være lovlig. Det følger videre av ordlyden at det er forholdene på kredittiden som er avgjørende for spørsmålet om sikkerheten virkelig er ”betryggende”.

## **8 FØLGER AV ULOVLIGE OVERFØRINGER FRA SELSKAPET**

### **8.1 INNLEDNING**

Som beskrevet over inneholder aksjeloven et system av regler som setter grenser for selskapets anvendelse av kapital. Den grunnleggende betraktning er at aksjeeiernes begrensede ansvar for selskapets forpliktelser fører til at selskapskreditorene kun kan holde seg til selskapets formue for dekning av sine krav. Selskapskreditorene har således en berettiget interesse i at det settes visse grenser for selskapets anvendelse av

---

<sup>112</sup> Jfr s 41.

<sup>113</sup> Jfr s 31.

kapital. Denne interesse søkes beskyttet i lovgivningen. Jeg har videre vist at det må trekkes et grunnleggende skille mellom forretningsmessige transaksjoner og vederlagsfrie disposisjoner. Vederlagsfrie overføringer fra aksjeselskapet kan medføre at selskapets kapital reduseres eller blir borte til skade for selskapets kreditorer og andre tredjemenn. Det er etter dette av hensyn til selskapskreditorene i loven oppstilt begrensninger i selskapsorganenes adgang til å foreta slike disposisjoner. Jeg har over beskrevet disse reglene i forhold til utbytte, gaver og kreditt fra aksjeselskapet. Dette kapittelet vil ha til formål å beskrive hvilke rettsvirkninger som følger av at reglene ikke er fulgt.

## 8.2 ULOVLIG UTDELING AV UTBYTTE

De rettsvirkninger som inntreffer ved ulovlig utdeling av utbytte fremgår av asl § 3-7. Paragrafens første ledd gjelder aksjeeierens restitusjonsplikt når det er skjedd utbetalinger til ham i strid med lovens regler.<sup>114</sup> Virkeområdet til denne er likevel begrenset av en godtroregel i andre punktum. Andre ledd gir bestemmelser om ansvar for den eller de som forsettlig eller uaktsomt medvirker til uriktig utbetaling.<sup>115</sup>

Vilkårene for at asl § 3-7 skal komme til anvendelse fremgår av første ledd. Utgangspunktet her at disposisjonen må være en "utdeling fra selskapet". Dette viser tilbake på utdelingsbegrepet i asl § 3-6. Jeg tar her for meg bestemmelsen med hensyn til utbytte. Som nevnt vil dette for det første si utdeling til aksjeeier som følger de formelle regler for utdeling av utbytte. For det andre omfattes utdeling til aksjeeierne som ikke følger de formelle regler for utdeling av utbytte, men som etter asl § 3-6(2) og lovens system må vurderes etter reglene om utbytte.<sup>116</sup>

Det følger videre av loven at utdelingen må være skjedd "i strid med bestemmelsene i loven". I denne sammenheng vil dette bety aksjelovens bestemmelser om utdeling av utbytte. Lovens ordlyd taler her for at alle lovens regler om utdeling skal tas i betraktning. Det vil i praksis si både regler oppstilt til vern av selskapskreditor og regler oppstilt til vern av aksjeeier. Således vil eksempelvis brudd på likhetsprinsippet ved

---

<sup>114</sup> Jfr Ot prp nr 19, 1974-75 s 190.

<sup>115</sup> Jfr Ot prp nr 19, 1974-75 s 190/191.

<sup>116</sup> Jfr s 28.



utdeling av utbytte føre til at asl § 3-7 kommer til anvendelse. Dette støttes også av forarbeidene hvor det fremgår at paragrafen kommer til anvendelse ”uten hensyn til om det er en bestemmelse til beskyttelse av andre aksjeeiere eller av selskapets kreditorer som er krenket”.<sup>117</sup> Bestemmelsen må således sies å ha til formål både å verne selskapets kreditorer og selskapets aksjeeiere. I fortsettelsen av dette må regelen også omfatte brudd på vedtektsbestemmelser som angår utdeling av utbytte i tilfeller hvor prosedyren for endring av vedtektene ikke anvendes.<sup>118</sup>

Det neste spørsmålet blir hva restitusjonsplikten etter første ledd går ut på. Det fremgår her av lovens ordlyd at ”mottakeren skal tilbakeføre det som er mottatt”. Tvil om betydningen av dette kan oppstå i tilfeller hvor mottakeren ikke lenger har selskapets ytelse i behold. Spørsmålet blir da om loven kun hjemler en tilbakeføringsplikt for den del av ytelsen som er i behold, eller om tilbakeføringsplikten i disse tilfeller går over til å bli en ren verdirestitusjonsplikt.

Ordlyden isolert sett kan i utgangspunktet tolkes i begge retninger og gir således ikke noe svar på spørsmålet. Det kan likevel anføres at det faktum at ordlyden ikke stiller noen krav om at ytelsen må være i behold, taler for at loven hjemler en verdirestitusjonsplikt.<sup>119</sup> Det tilgrunnliggende hensynet til selskapets kreditorer taler også for denne tolkning. Et hovedformål med regelen må jo være å effektivisere den begrensning for vederlagsfrie overføringer til aksjeeierne som fremkommer i asl § 3-6 og i prinsippet om vern av den bundne egenkapital. Skulle restitusjonsplikten kun gjelde den del av ytelsen som måtte være i behold, ville det bety et betydelig inngrep i disse prinsippene. Det må etter dette antas at tilbakeføringsplikten går over i en verdirestitusjonsplikt i den grad grad selskapets ytelse ikke er i behold. Dette vil videre si at tjenesteytelser og lignende må erstattes på samme måte.

Et særlig problem reiser seg her i tilfeller hvor utdelingen består i en formuesting som ikke er delbar og bare en del av utdelingen er i strid med bestemmelsene i loven.

---

<sup>117</sup> Jfr Instilling om lov om aksjeselskaper 1970 s 173.

<sup>118</sup> Jfr Andenæs s 342, Aarbakke s 168.

<sup>119</sup> Jfr Andenæs s 342.

Spørsmålet blir da om hele formuestingen skal tilbakeføres eller om mottaker kun skal erstatte den del av utdelingen som er ulovlig.

Lovens ordlyd tyder her på at utdelingen skal tilbakeføres i sin helhet. Det kan også trekkes linjer til de alminnelige ugyldighetsbetraktninger som ligger bak asl § 3-7(1). Utgangspunktet her er full restitusjon av ytelsene når ugyldighet konstateres etter at disposisjonen er foretatt. Det tilgrunnliggende hensyn bak regelen er hensynet til å beskytte avtaleparten mot utilbørlig atferd fra medkontrahentens side. Dette taler således også for at utdelingen må tilbakeføres i sin helhet. På den annen side må formålet bak loven hensyntas. I dette henseende er formålet vern av selskapets kreditorer og aksjeeiere. Disse taler som nevnt for full restitusjon for det som er tilbakeført, men de gjør det bare for den del av utdelingen som må regnes som ulovlig etter lovens regler. Det er jo kun denne del som må regnes som selskapets tap. Hensynene kan således ikke sies å tale for restitusjon utover dette. Det må her i tillegg tas i betraktning at aksjelovens utdelingsregler er regler som kun skal verne om en viss formuesverdi regnet i kroner, det er ikke regler som skal verne om bestemte formuesgoder.<sup>120</sup> Disse momenter taler for at restitusjonsplikten kun skal gjelde den del av utdelingen som strider mot bestemmelsene i aksjeloven. Ved avveiningen av rettskildefaktorene må en nok komme til at lovens ordlyd er det mest tungtveiende argument og at regelen i tråd med dette må være at utdelingen skal tilbakeføres i sin helhet. Argumentene mot denne løsning er likevel gode. Det kan i denne forbindelse nevnes at Aktiebolagskommitten i Sverige har foreslått at tilbakeføringsplikten skal utformes som en verdierstatningsplikt.<sup>121</sup>

Den hittil beskrevne regel om restitusjonsplikt for mottaker av ulovlig utdeling i asl § 3-7(1) 1 pkt, begrenses av godtroregelen i samme ledds andre punktum. Av denne følger at mottaker, ved disposisjoner som følger de nevnte regelsett i asl § 3-6, likevel ikke blir restitusjonpliktig om han ikke forsto eller burde ha forstått at utdelingen var ulovlig. Det må etter dette antas at vilkåret for anvendelse av godtroregelen er at disposisjonen har fulgt de formelle reglene til ett av regelsettene i asl § 3-6. Er ikke dette tilfellet kommer godtroregelen ikke til anvendelse og utdelingen må ubetinget restitueres etter første

---

<sup>120</sup> Jfr Andersson Kapitalskyddet i aktiebolag 2002, s 114/115.

<sup>121</sup> Jfr SOU 1997:168, s 84.

punktum. Dette støttes også av forarbeidene hvor det fremkommer at godtroregelen etter aksjeloven av 1976 § 12-8 bare gjaldt tilfeller hvor utbetalingen var gjort som utbetaling av utbytte. Det fremgår videre at dette foreslås videreført i ny aksjelov. Bestemmelsen er dog omformulert til å gjelde alle utdelingstyper.<sup>122</sup> Videre må mottaker ha vært aktsomt godtroende med hensyn til utdelingens ulovlighet. Motsetningsvis må dette bety at utdelingen må være i strid med de materielle reglene for utdeling av utbytte. I forhold til dette må mottaker ha vært i aktsom god tro. Typiske eksempler på dette er at det er utdelt innen den frie egenkapitalen, men at utdelingen likevel er ulovlig fordi forsiktighetsregelen ikke er overholdt. Det kan også være at regnskapsreglene ikke er overholdt. At mottaker er i aktsom god tro i forhold til slike forhold vil særlig være tilfellet i tilfeller hvor mottaker står utenfor selskapets affærer.<sup>123</sup> Jo mindre kjennskap mottaker har om selskapets affærer, desto mer sannsynlig er det således at han har vært i aktsom god tro i forhold til utdelingens lovlighet. Det kan etter dette slås fast at det er hensynet til sikkerheten i omsetningslivet som motiverer godtroregelen i asl § 3-7(1) 2 pkt. Tankegangen bak regelen er at en aksjeeier som i god tro har mottatt utdeling fra selskapet i omsetningens interesse bør unngå restitusjonsplikt.<sup>124</sup> Jeg viser videre til min drøftelse av omsetningshensynet på s 25. Det følger videre av ordlyden at den gode tro må være tilstede på tidspunktet ”da utdelingen ble mottatt”. Den som er restitusjonspliktig etter asl § 3-7(1) er ”mottakeren”. Dette vil som hovedregel være aksjeeieren selv. Unntak kan tenkes i tilfelle hvor en disposisjon skal regnes som utdeling etter asl § 3-6(2) selv om aksjeeier ikke er mottaker. Jeg viser i denne forbindelse til min drøftelse på side 28.

Asl § 3-7(2) gir en ansvarsregel for den som på selskapets vegne medvirker til beslutning om ulovlig utdeling eller på selskapets vegne medvirker til gjennomføringen av en ulovlig utdeling. I praksis vil dette som regel gjelde styret eller daglig leder, men også aksjeeiere kan bli ansvarlige etter regelen. Ansvar er betinget av at medvirker ”forsto eller burde ha forstått at utdelingen var ulovlig”. Medvirker må således ha opptrådd forsettlig eller uaktsomt. Det medvirker kan bli ansvarlig for er lovens ordlyd ”utdelingen”. Dette betyr at han kan bli ansvarlig for den ulovlige utdeling i sin helhet.

---

<sup>122</sup> Jfr NOU 1992:29 s 91, NOU 1996:3 s 149.

<sup>123</sup> Jfr Andenæs s 342.

<sup>124</sup> Jfr Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag 2002 s 21.

Da det her kan være snakk om meget betydelige beløp uttrykkes det spesifikt i lovteksten at ansvaret kan lempes etter lov om skadeserstatning § 5-2.

Det kan i denne forbindelse stilles spørsmål om ansvaret etter andre ledd er subsidiært i forhold til restitusjonsplikten i første ledd, slik at ansvaret kun dekker det som eventuelt ikke blir tilbakeført etter denne. Alternativet er at andre ledd gir uttrykk for en selvstendig ansvarsregel, på den måten at medvirker kan bli ansvarlig ved siden av den som er mottaker etter første ledd. Utgangspunktet må her tas i lovens ordlyd. Det fremgår av denne at medvirker er ”ansvarlig for at utdelingen blir tilbakeført til selskapet”. Ordlyden isolert sett kan tyde på at det dreier seg om en selvstendig ansvarsregel ved siden av restitusjonsplikten. På den andre siden kan regelens plassering i loven, som et andre ledd etter restitusjonsplikten i første ledd, være et argument for at ansvaret er subsidiært. Den tilsvarende regel i aksjeloven av 1976, asl § 12-8, var utformet på en annen måte. Det fremkommer av denne at medvirker er ansvarlig for ”tap selskapet lider ved at uriktig utbetalt beløp ikke blir tilbakebetalt”. Ordlyden taler her således klart for at medvirkeransvaret var subsidiært etter mottakers restitusjonsplikt. Spørsmålet etter dette er om lovgiver har ment noen realitetsforandring med den nye ordlyden i asl § 3-7(2). Forarbeidene nevner ikke problemstillingen spesielt, men det uttales mer generelt at den nye bestemmelsen om medvirkningsansvaret ”stort sett svarer til gjeldende aksjelov § 12-8(2)”.<sup>125</sup> Denne generelle uttalelsen kan trekke i retning av at lovgiver ikke har ment noen realitetsforandring med den nye formulering av regelen. Hensynene bak loven kan ikke sees å trekke sterkt i noen retning her. Utgangspunktet er at selskapet uansett vil ha krav på å få dekket det beløp som er ulovlig utdelt, om dette skjer gjennom restitusjon eller erstatning er i utgangspunktet likegyldig. I teorien fastslår Aarbakke<sup>126</sup> at medvirkeransvaret må ansees subsidiært, mens Andenæs<sup>127</sup> konkluderer med at rettstilstanden må ansees endret med den nye loven slik at medvirkeransvaret nå gjelder parallellt med restitusjonsplikten. Det kan etter dette konkluderes med at rettstilstanden på dette punktet er usikker.

---

<sup>125</sup> Jfr NOU 1996 s 149.

<sup>126</sup> Jfr Aarbakke s 171.

<sup>127</sup> Jfr Andenæs s 343.

### 8.3 ULOVLIGE GAVER

Det angis ikke i aksjeloven hvilke virkninger som skal inntre ved overtredelse av gaveregelen asl § 8-6. Er gavedisposisjonen ikke gjennomført må det likevel være klart at selskapet ikke er forpliktet til å gjennomføre denne. Dette følger av alminnelige ugyldighetsregler. Er disposisjonen gjennomført må det tas utgangspunkt i hva overtredelsen består i. Det mest interessante i forhold til problemstillingen i denne oppgaven er det tilfelle at gavedisposisjonen går utover rammen av de midler som kan benyttes til utdeling av utbytte, jfr asl § 8-6(3). Jeg begrenser min behandling til denne problemstillingen.

Spørsmålet blir etter dette hvilke rettsvirkninger en slik disposisjon skal medføre. Det vil her være nærliggende å trekke en analogi til rettsvirkningene av ulovlig utdeling som beskrevet over. Lovens system og de kreditor og aksjeeierhensyn som ligger til grunn for dette taler for en slik løsning. Dette vil gjelde både i forhold til restitusjonsplikten og medvirkningsansvaret. De beste grunner taler således for å legge en slik løsning til grunn.<sup>128</sup> Det kan videre diskuteres hvorvidt restitusjonsplikten bør suppleres med en godtroregel som i asl § 3-7(1) 2 pkt. Spørsmålet blir om utbyttedisposisjoner og gavedisposisjoner bør behandles likt med hensyn til eventuell tilbakeføringsplikt for ulovlig overførte midler, eller om det er forskjeller mellom disse typer overføringer som begrunner at de bør behandles forskjellig. Utgangspunktet må her tas i lovens formål. En må etter dette avveie hensynet til selskapskreditorene og aksjeeierne på den ene side mot hensynet til omsetningen på den andre side. Som nevnt over er godtroregelen i asl § 3-7(1) 2 pkt begrunnet i hensynet til omsetningen. Spørsmålet her er om dette hensynet gjør seg gjeldende i samme grad i forhold til gavedisposisjoner. Det forhold som ligger til grunn for godtroregelen i asl § 3-7(1) 2 pkt er at utdelingen har skjedd etter de formelle regler som gjelder etter aksjeloven for den aktuelle type utdeling.<sup>129</sup> Det er videre klart at utgangspunktet er at utdelinger kun kan skje til aksjeeiere.<sup>130</sup> Poenget etter dette er at godtroregelen i asl § 3-7(1) 2 pkt kun omfatter de overføringer som aksjeeierne etter aksjelovens system kan ha en berettiget forventning om å få. Eksempelvis er utbytte det vederlag aksjeeierne får av selskapet for å stille kapital til

---

<sup>128</sup> Slik også Aarbakke s 497.

<sup>129</sup> Jfr s 47.

<sup>130</sup> Jfr s 28.

disposisjon for dette. Gavemottaker vil til sammenligning som hovedregel ikke være aksjeeier.<sup>131</sup> Gavedisposisjoner vil heller ikke som utdelinger være en type disposisjon som aksjeeier eller tredjemann stort sett kan ha noen berettiget forventning om å få. Disse forhold taler for at omsetningshensynet ikke bør ha stor vekt i forhold til disposisjoner som skal klassifiseres som gaver. Godtroregelen bør således ikke komme til anvendelse i disse tilfellene. Dette vil gjelde selv om gavedisposisjonen skjer mot et visst vederlag. Omsetningshensynet kan likevel være en relevant faktor innen problemkomplekset. Men da kun i forhold til vurderingen av om disposisjonen i det hele tatt er en gave eller om den er del av en forretningsmessig transaksjon.

#### 8.4 ULOVLIG KREDITT OG SIKKERHETSSTILLELSE

Lovens regel om rettsfølger av ulovlig kreditt til og sikkerhetsstillelse til fordel for aksjeeier fremkommer av asl § 8-11. Hovedregelen fremgår av første ledd og går ut på at disposisjoner foretatt i strid med reglene i asl § 8-7 – § 8-10 er ugyldige. Alminnelige ugyldighetsregler tilsier da at avtaler inngått i strid med disse bestemmelser ikke kan kreves oppfylt. Er den ugyldige avtalen oppfylt skal de overførte midler eller beløp tilsvarende verdien av midlene, straks føres tilbake til selskapet, jfr asl § 8-11(2) 1 pkt. For kreditt til aksjeeier gjelder dette ubetinget. For sikkerhetsstillelser er tilbakeføringsplikten likevel begrenset av en godtroregel. Dette fremkommer av asl 8-11(1) 2 pkt. Godtroregelen gjelder etter denne i forhold til ”medkontrahenten”. Medkontrahenten i denne sammenheng vil ikke være aksjeeieren, men den person sikkerheten er stilt overfor. Dette vil som regel være en tredjeperson uten nærmere tilknytning til selskapet. Forarbeidene vektlegger her at ubetinget ugyldighet i forhold til denne vil kunne virke urimelig.<sup>132</sup> Loven bestemmer på bakgrunn av dette at ugyldighet i forhold til slike medkontrahenter er betinget av at vedkommende var i aktsom god tro med hensyn til disposisjonens lovlighet da denne ble foretatt.<sup>133</sup> Formålet med regelen må etter dette være å beskytte den aktsomme tredjemann fra å lide tap. Regelen må således sees som et utslag av hensynet til omsetningens sikkerhet. Det er grunn til å legge merke til at det ikke oppstilles noen godtroregel til fordel for

---

<sup>131</sup> Jfr s 41.

<sup>132</sup> Jfr NOU 1996:3 s 152.

<sup>133</sup> Jfr NOU 1996:3 s 152

aksjeeier som ved ulovlige utdelinger. Aksjeeier ansees således ikke som beskyttelsesverdig i forhold til disposisjoner som kreditt og sikkerhetsstillelse. En hovedårsak til dette er at aksjeeier i utgangspunktet ikke kan ha noen berettiget forventning om å få slike ytelser fra selskapet. Og i tilfeller hvor de likevel kan tenkes å ha en slik forventning, får ikke dette forhold gjennomslag i forhold til de kreditor- og aksjeeierinteresser som aksjeeiers forventning må avveies mot.

Medvirkeransvaret gjelder også i forhold til ulovlig kreditt og sikkerhetsstillelse. Dette fremgår av asl § 8-11(2) 2 pkt som viser til regelen i asl § 3-7(2). Jeg viser i denne forbindelse til min drøftelse av denne på side 48-49.

## Litteraturliste

- Andenæs Mats Henry: Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper i norsk rett. Oslo 1998.
- Andersen Paul Kruger Kapitalregler og ansvar. (Selskapers kapital Nye tendenser i skandinavisk selskapsrett 3, 1999.).
- Andersen Paul Kruger Aktie- og anpartsselskaper. København 2002.
- Andersson Jan Kapitalskyddet i aktiebolag. Stockholm 2002.
- Andersson Jan Kapitalkrav och kapitalskydd i et internationellt Perspektiv – onodigt borgenarskydd. (Selskapers kapital Nye tendenser i skandinavisk selskapsrett 3, 1999.).
- Andersson Jan Om vinstutdelning i aktiebolag. Uppsala 1995.
- Friis Hansen/Krenchel Lærebog i selskabsret II, Kapitalselskaber København 2000.
- Gomard Bernhard Kapitalen i aktie- og anpartsselskaper. (Selskapers kapital Nye tendenser i skandinavisk selskapsrett 3, 1999.).
- Matre Hugo i NTS 2002 Nordisk Tidsskrift for Selskapsrett 2002:2, s 161 flg.
- Nerep Erik Aktiebolagsrattsliga studier – sarskilt om kapitalskyddet. Stockholm 1994.
- Nerep Erik i SvJT 1994 Om borgenarer i aktiebolag. SvJT 1994. 549-560.
- Posselius/Grosskopf/ Gometz/Hulden Skyddet for aktiebolagets egne kapital. Stockholm 1993.
- Rodhe Knut Aktiebolagsratt. Stockholm 2002.
- Sacklen i SvJT 1994 Om skyddet for aktibolagets borgenarer. SvJT 1994. 136-178.
- Sacklen i SvJT 1994 Om borgenarskyddet i aktiebolag – en replik. SvJT 1994 727-741.
- Werlauff Erik Selskabsmasken. København 1991.
- Werlauff Erik EU-Selskabsrett. København 2002.
- Aarbakke/Skåre/Knudsen/ Ofstad/Aarbakke Aksjeloven og allmennaksjeloven. Oslo 2000.



